

Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
in Frankfurt am Main**

vorgelegt von

Klaus Müller

aus Zeitz/Elster

1966

Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main**

vorgelegt von

**Klaus Müller
aus Zeitz/Elster**

1966



Erstgutachter: Professor Dr.Gerhard Lüke
Zweitgutachter: Professor Dr.Günther Jaenicke
Tag der mündlichen Prüfung: 26. Januar 1966

Inhaltsübersicht

	Seite
Literaturverzeichnis	
1. Abschnitt	
Geschichte und Wesen der verwaltungs- gerichtlichen Feststellungsklage	
1. Die Geschichte der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage	1
2. Das Wesen der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage	5
2. Abschnitt	
Gegenstand der verwaltungsgericht- lichen Feststellungsklage	
I. Die Feststellung des Bestehens oder Nichtbeste- hens eines Rechtsverhältnisses	7
1. Der Rechtsverhältnisbegriff	7
2. Zugehörigkeit des Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht	11
3. Die Entstehung des Rechtsverhältnisses	12
Grundsätze - der "Konkretisierungsstreit" - Darlegung der verschiedenen Auffassungen - Stellungnahme - Duldungsrechtsverhältnisse - Unterlassungsrechtsverhältnisse - Verhält- nis beider zueinander	
4. Zukünftige, bedingte und betagte Rechtsver- hältnisse	29
5. Vergangene Rechtsverhältnisse	31
6. Tatsachen, Rechtsfragen, Eigenschaften	36
II. Die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes	39
III. Die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde	45

3. Abschnitt

Seite

1. Das Rechtsschutzbedürfnis 48
Das Feststellungsinteresse als Unterart
des Rechtsschutzbedürfnisses -- tatsäch-
liche Ungewißheit oder Unsicherheit -
berechtigtes Interesse - Interesse an
der baldigen Feststellung - Interesse
gerade an der Feststellung
2. Das Verhältnis der Feststellungsklage zu
den anderen Klagearten 52
Allgemeine Bedeutung des § 43 II VwGO -
Verhältnis der Rechtsverhältnisfeststel-
lungsklage zur Leistungsklage - zur Ge-
staltungsklage - zur Nichtigkeitsfest-
stellungsklage - zu früher möglichen
Leistungs- und Gestaltungsklagen - Ver-
hältnis der Nichtigkeitsfeststellungskla-
ge zu den Leistungs- und Gestaltungsklagen

4. Abschnitt

Die Feststellungsklage zur Klärung von Vorfragen für einen Zivilprozeß

1. Die Zulässigkeit dieser Klage als ein Problem
des Rechtsschutzbedürfnisses 62
2. Die Vorfragenkompetenz der Zivilgerichte als
Voraussetzung für die Entstehung der Streit-
frage 64
3. Erörterung der Streitfrage 65
Eignung des Zivilrichters - Prozeßmaximen -
rechtskräftige Feststellung der Vorfrage
nicht erforderlich - keine Folgerung aus
§ 148 ZPO - Art des Interesses unerheblich -
Argumente prozeßökonomischer Natur
4. Schlußfolgerungen und Ergebnis 75
5. Die Sachlage bei Aussetzung des Zivilprozesses 77
6. Die Sachlage bei einer über den Zivilprozeß
hinausgehenden Bedeutung der öffentlich-
rechtlichen Frage 77

5. Abschnitt

Seite

Die Prozeßführungsbefugnis Rechtsfremder

1. Die Problemstellung 78
2. Die Rechtslage bei der zivilprozessualen
Feststellungsklage 80
3. Die Rechtslage bei der verwaltungsgericht-
lichen Feststellungsklage 86

6. Abschnitt

Die Zwischenfeststellungsklage

87

7. Abschnitt

Die Klage auf Feststellung der Rechtswidrig-
keit eines erledigten Verwaltungsaktes nach
§ 113 I 4 VwGO

1. Die rechtliche Bedeutung des Antrags 88
2. Die Rechtslage bei Erledigung vor Klagerhebung . 91
3. Die Rechtslage bei Erledigung vor und nach
Erhebung der Verpflichtungsklage 97
4. Das Rechtsschutzbedürfnis 99
Allgemeines - Kriterium für die Abgrenzung zu
den übrigen Klagen des Verwaltungsprozesses -
Vorbereitung eines Zivilprozesses

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Vorbemerkung: Die Zitierweise derjenigen Werke, die nicht in periodischen Schriften enthalten sind, ist in Klammern angegeben.

- Anschütz, Gerhard, Die im Jahre 1896 veröffentlichte Rechtsprechung des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts, VerwArch 5,390 ff.
- Anschütz, Gerhard, Die im Jahre 1897 veröffentlichte Rechtsprechung des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts, VerwArch 6,593 ff.
- Arndt, Herbert, Anmerkung zu BSGE 8,178 ff., DVBl.59,143
- Bachof, Otto, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951 (zit: Bachof, Vornahmeklage)
- Bachof, Otto, Anmerkung zu Hess.VGH MDR 50,374 f., MDR 50,375 ff.
- Bachof, Otto, Die Nachprüfbarkeit rechtsgestaltender Verwaltungsakte im Rechtsstreit über die vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis, JZ 52, 211 ff.
- Bachof, Otto, Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZJP 65, 1 ff.
- Bachof, Otto, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 2.Aufl., Tübingen 1964 (zit.: Bachof, VerfR)
- Bähr, Otto, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2.Aufl., Kassel 1867 (zit.: Bähr)
- Baring, Martin, Die versteckte Vornahmeklage, BayVBl.57, 1 ff.
- Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 28.Aufl., München und Berlin 1965 (zit.: Baumbach-Lauterbach)
- Baumgärtel, Gottfried, Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis, ZJP 75,385 ff.
- Bergmann, Wolfgang, Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren, Dissertation, München 1957 (zit.: Bergmann, Diss.)
- Bergmann, Wolfgang, Das Rechtsschutzbedürfnis bei der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage, VerwArch 49 (1958), 333 ff.
- Bergmann, Wolfgang, Probleme bei der verwaltungsgerichtlichen Feststellungs- und Zwischenfeststellungsklage, DÖV 59,570 ff.

- Bergmann, Wolfgang, Anmerkung zu BVerwGE 5,334 ff. und BVerwGE 6,347 ff., NJW 59,500 f.
- Bettermann, Karl August, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, III.Band 2.Halbband, Berlin 1959, S.779 ff. (zit.: Bettermann, Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd.III 2)
- Bettermann, Karl August, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 55,528 ff.
- Bettermann, Karl August, Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei Nichtbescheidung des Widerspruchs oder des Vornahmeantrags, NJW 60,1081 ff.
- Blüher, Zur Feststellungsklage in der Verwaltungsrechtspflege, Jahrb.sächs.OVG, Bd.16 (1911), 1 ff., 97 ff.
- Boehmer, Gustav, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, I.Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1950 (zit.: Boehmer I)
- Brauer, Helmuth, Die beiden Feststellungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren der Britischen Zone, MDR 51,457, ff.
- Brohm, Winfried, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Band 3, Stuttgart 1959 (zit.: Brohm)
- Bühler, Ottmar, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914 (zit.: Bühler)
- v.Caemmerer, Ernst, Wandlungen des Deliktsrechts, in Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band II, Karlsruhe 1960, S.49 ff. (zit.: v.Caemmerer)
- Crome, Karl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I.Band, Tübingen 1900 (zit.: Crome)
- Czermak, Fritz, Anmerkung zu BVerwG NJW 61,1942, NJW 61, 2228 f.
- Czermak, Fritz, Anmerkung zu BVerwG NJW 63,553 f., NJW 63, 1027.
- De Clerck, Hans, Verwaltungsgerichtliches Rechtsschutzinteresse und zivilgerichtliche Vorfragenkompetenz, DÖV 54,525 f.
- Degenkolb, Heinrich, Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig 1877 (zit.: Degenkolb)
- Donau, Anmerkung zu OVG Münster NJW 55,197 ff., NJW 55, 197 f.

Dyroff, Anton, Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 7.Aufl., Ansbach 1928 (zit.: Dyroff), mit Ergänzungsband von Klee-Rechtel, Ansbach 1928 (zit.: Ergänzungsband)

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Band I: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Bearbeitung von Hans Carl Nipperdey, Tübingen 1959 (1.Halbband) und 1960 (2.Halbband) (zit.: Enneccerus-Nipperdey)

Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958 (zit.: Enneccerus-Lehmann)

Band III: Sachenrecht, 10.Bearbeitung von Martin Wolff und Ludwig Raiser, Tübingen 1957 (zit.: Enneccerus-Wolff-Raiser)

Esser, Josef, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Lehrbuch, 2.Aufl. Karlsruhe 1960 (zit.: Esser)

Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München und Berlin, 4.Aufl. 1965 (zit.: Eyermann-Fröhler)

Fenge, Horst, Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, Dissertation, Göttingen 1953 (zit.: Fenge, Diss.)

Fenge, Horst, Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage bei drohenden Verwaltungsakten, DÖV 56,392 ff.

Fleiner, Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl., Tübingen 1928 (zit.: Fleiner)

Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, I.Band, 3.Aufl., Berlin 1913 (zit.: Förster-Kann)

Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I.Band: Allgemeiner Teil, 8.Aufl., München und Berlin 1961 (zit.: Forsthoff)

Friedrichs, Karl, Die Besonderheiten des preußischen Verwaltungsstreitverfahrens im Verhältnis zu den Verfahren, welche über andere Rechtsstreitigkeiten stattfinden, und ihre Berechtigung, VerwArch 6,358 ff.

van Gelder, Alfons, Feststellungsklage eigener Art im Verwaltungsprozeß, JuS 65,89 ff.

Gelzer, Konrad, Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht, NJW 59,1905 ff.

Hahn, C., Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30.Januar 1877, I.Abteilung, Berlin 1880 (zit.: Hahn I)

Hasselbach, Gerhard, Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren, Dissertation, Mainz 1954 (zit.: Hasselbach, Diss.)

- Hauelsen, Fritz, Die Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, NJW 52,913 ff.
- Hauelsen, Fritz, Öffentlich-rechtliche Vorfragen im Zivilprozeß, NJW 53,121 ff.
- Hegel, Hermann, Zur Verpflichtungs- und zur Leistungsklage in der VwGO, DÖV 65,413 ff.
- Hellwig, Konrad, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900 (zit.: Hellwig, Anspruch)
- Hellwig, Konrad, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, I.Band, Leipzig 1903 (zit.: Hellwig, Lehrbuch I)
- Hellwig, Konrad, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, I.Teil, Leipzig 1912 (zit.: Hellwig, System I)
- Henckel, Wolfram, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961 (zit.: Henckel)
- Henke-Mönch-Horber, Grundbuchordnung, 8.Aufl., München und Berlin 1964 (Henke-Mönch-Horber)
- Henrichs, Wilhelm, Kommunalverfassungsstreitverfahren vor den Verwaltungsgerichten DVBl.59,548 ff.
- Hesse-Saage-Fischer, Grundbuchordnung, Kommentar, 4.Aufl., Berlin 1957 (zit.: Hesse-Saage-Fischer)
- Hoffmann, Horst, Vorbeugende Klagen im Verwaltungsprozeß? BayVBl.62,72 ff. und 101 ff.
- Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II, 2.Aufl., Tübingen 1954 (zit.: Huber)
- Hufnagl, Fritz, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, Berlin und München 1950 (zit.: Hufnagl)
- Ipsen, Hans Peter, Anmerkung zu OVG Hamburg MDR 49,506 f., MDR 49,507 f.
- Jellinek, Walter, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, Veröff.d. VStRL. 2,8 ff.
- Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3.Aufl., Berlin 1931 (zit.: Jellinek, Lehrbuch)
- Jellinek, Walter, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 48, 269 ff.
- Jellinek, Walter, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, DRZ 48,470 ff.
- Jesch, Dietrich, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen 1956 (zit.: Jesch,Bindung)
- Jesch, Dietrich, Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961, (zit.: Jesch, Gesetz)
- Keidel, Fritz u.Theodor, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 8.Aufl., München und Berlin 1963 (zit.: Keidel)

- v. Kienitz, R., Über die Bedeutung des Begriffs "Rechtsverhältnis" in § 231 und des Begriffs "bestimmter Antrag" in § 230 Ziff.2 der Zivilprozeßordnung, ZJP 10, 211 ff.
- Klein, Karl Heinz, Die öffentlichrechtliche Assessorarbeit, JuS 62, 273 ff., 307 ff.; 63, 277 ff., 480 ff.
- Klinger, Hans, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Göttingen 1964 (zit.: Klinger)
- Koehler, Alexander, Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960, Berlin und Frankfurt/M. 1960 (zit.: Koehler)
- v. Köhler, Ludwig, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart-Berlin 1935 (zit.: v. Köhler)
- Kohler, Josef, Prozeßrechtliche Forschungen, Berlin 1889 (zit.: Kohler, Forschungen)
- Kohler, Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil, Berlin 1906 (zit.: Kohler, Lehrbuch I)
- Kormann, Karl, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910 (zit.: Kormann)
- Kralik, Winfried, Die Vorfrage im Verfahrensrecht, Wien 1953 (zit.: Kralik)
- Kreutziger, Die vorbeugende Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, Dissertation, Göttingen 1959 (zit.: Kreutziger, Diss.)
- Langheineken, Paul, Der Urteilsanspruch, Dissertation, Leipzig 1899 (zit.: Langheineken)
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1964 (zit.: Larenz, Schuldrecht I)
- II. Band: Besonderer Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1965 (zit.: Larenz, Schuldrecht II)
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960 (zit.: Larenz, Methodenlehre)
- Lehmann, Heinrich, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, München 1906 (zit.: Lehmann, Unterlassungspflicht)
- Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 14. Aufl., Berlin 1963 (zit.: Lehmann, Allg. Teil)
- Leonhard, Rudolf, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, Berlin 1900 (zit.: Leonhard)

- Lerche, Peter, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Berlin-Köln 1953 (zit.: Lerche, Ordentlicher Rechtsweg u. Verwaltungsrechtsweg)
- Lerche, Peter, Zwischenbilanz der Klage gegen nichtige Verwaltungsakte, DÖV 54, 712 ff.
- Lerche, Peter, Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlichrechtlichen Verträgen, in Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Band II, Karlsruhe 1963, S. 59 ff. (zit.: Lerche, Jubiläumsschr.)
- Loening, Edgar, Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, VerwArch 7, 1 ff.
- Loppuch, Die Amtshaftungsklage wegen fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 52, 1037 ff.
- Lorenz, Fritz, Die Feststellungsklage im Streitverfahren, Dissertation, Hamburg 1952 (zit.: Lorenz, Diss.)
- Lücke, Gerhard, Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, AöR 84, 185 ff.
- Lücke, Gerhard, Die Prozeßführungsbefugnis, ZZP 76, 1 ff.
- Lücke, Gerhard, Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozeß, JZ 60, 203 ff.
- Lücke, Gerhard, Zur Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile - BGHZ 20, 379, JuS 61, 188 ff.
- Mang, Johann, Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen einen erledigten Verwaltungsakt, BayVBl. 55, 241 f.
- Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1958 ff. (zit.: Maunz-Dürig)
- Meikel-Imhof-Riedel, Grundbuchrecht, Kommentar, 6. Aufl., Band 1, Berlin 1965 (zit.: Meikel-Imhof-Riedel)
- Menger, Christian-Friedrich, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954 (zit.: Menger, System)
- Menger, Christian-Friedrich, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 48(1957), 166 ff.; 352 ff.; 49(1958), 272 ff.; 50(1959), 193 ff.; 54(1963), 286 ff.
- Meyer, Klaus, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz und erledigter Verwaltungsakt, DVBl. 56, 190 ff.
- Mörtel, Georg, Auswirkungen der veränderten Generalklausel auf Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, in Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 13, Berlin 1962, S. 137 ff. (zit.: Mörtel)

- Müller, Friedrich, Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren, ZMR 52, 226 ff.
- Müller, Klaus, Die sekundäre Feststellungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung (§ 113 Abs.1 Satz 4), DÖV 65,38 ff. (m.d.Verfasser ds.Arb. nicht identisch)
- Naumann, Albrecht, Die allgemeine Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, Dissertation, Hamburg 1952 (zit.: A.Naumann, Diss.)
- Naumann, Richard, Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungssprozeß, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S.391 ff. (zit.: R.Naumann, Gedächtnisschrift f.Jellinek)
- Naumann, Richard, Zur verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage, DVBl. 51,140 f.
- Naumann, Richard, Anmerkung zu BGHZ 9,329 ff. und BGHZ 10, 220 ff., DVBl. 54,333 f.
- Naumann, Richard, Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, in Staatsbürger und Staatsgewalt (nähere Angaben bei Lerche), S.365 ff. (zit.: R.Naumann, Jubiläumsschr.)
- Naumann, Richard, Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages in Frankfurt/M 1950, Tübingen 1951, S.D 18 ff. (zit.: R.Naumann, Verhandlungen)
- Nawiasky, Hans, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2.Aufl., Einsiedeln-Zürich-Köln 1948 (zit.: Nawiasky)
- Nicklisch, Fritz, Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte, Bielefeld 1965 (zit.: Nicklisch)
- Nikisch, Arthur, Zivilprozeßrecht, Lehrbuch, 2.Aufl. Tübingen 1952 (zit.: Nikisch)
- Obermayer, Klaus, Die verwaltungsgerichtlichen Klagen, BayVBl. 60,208 ff.
- Obermayer, Klaus, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, Stuttgart-München-Hannover 1964 (zit.: Obermayer, Grundzüge)
- Oppermann, Verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zur Vorbereitung eines Zivilprozesses, NJW 53,1819 f.
- Peters-Sautter-Wolff, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, Band I, 2.Aufl., Stuttgart 1958 ff. (zit.: Peters-Sautter-Wolff)
- Plósz, Alexander, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig 1880 (zit.: Plósz)
- Redeker-v.Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2.Aufl., Stuttgart 1965 (zit.: Redeker-v.Oertzen)

- Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11.Aufl., II.Band 2.Teil, Berlin 1960 (zit.: Name des betr. Bearbeiters in RGRK z.BGB)
- Reichsgerichtsräte, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2.Aufl., I.Band bearbeitet von Würdinger, Berlin 1953 (zit.: Würdinger in RGRK z.HGB)
- Renck, Ludwig, Feststellung der Wirksamkeit von Verwaltungsakten, NJW 65,1791 ff.
- Ringe, Karl, Zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage bei Verwaltungsakten und einfachen Verwaltungshandlungen, DVBl. 58,378 ff.
- Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9.Aufl., München und Berlin 1961 (zit.: Rosenberg)
- Ruckdäschel, Oskar, Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, DÖV 61,675 ff.
- Rupp, Hans Heinrich, Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl.58,113 ff
- Rupp, Hans Heinrich, Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85,149 ff. und 301 ff.
- Rupp, Hans Heinrich, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis, Tübingen 1965 (zit.: Rupp, Grundfragen)
- Schäfer, Walter, Die Klagearten nach der VwGO, DVBl. 60, 837 ff.
- Schlegelberger, Franz, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Band I, 7.Aufl., Köln-Berlin 1956 (zit.: Schlegelberger)
- Schlochauer, Hans-Jürgen, Fragen zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR 79,185 ff.
- Schönke, Adolf, Das Rechtsschutzbedürfnis, Detmold, Frankfurt/M., Berlin, 1950 (zit.: Schönke)
- Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8.Aufl., Karlsruhe 1956 (zit.: Schönke-Schröder-Niese)
- Schüffner, Alfred, Der Anspruch auf Feststellung der Unzulässigkeit eines erledigten Verwaltungsakts, DÖV 52, 455 ff.
- Schultzenstein, Die Feststellungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren, Das Recht 1910, Sp.489 ff.

- Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Siegburg 1961 (zit.: Schunck-De Clerck)
- Schwab, Karl Heinz, Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, JuS 65, 81 ff.
- Siber, Heinrich, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903 (zit.: Siber)
- Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band, 9. Aufl., Stuttgart 1959 (zit.: Soergel-Siebert I)
- v. Staudinger, Julius, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 11. Aufl., Berlin 1957 (zit.: Staudinger-Name des betr. Bearbeiters)
- Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, I. Band, 18. Aufl., Tübingen 1953 ff. (zit.: Stein-Jonas)
- Stern, Klaus, Verwaltungsprozessuale Grundprobleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit, JuS 65, 183 ff., 232 ff., 306 ff.
- Stiefel, Karl, Zum Fortbestand der Verwaltungsrechtsbeihilfe in den Ländern, DÖV 60, 19 ff.
- Tiedau, Erwin, Zum Verbleib der Amtshaftungsklage im Zivilrechtsweg, JR 52, 263 ff.
- Tiedau, Erwin, Die Nachprüfung von Verwaltungsakten im Zivilprozeß, MDR 54, 267 ff.
- Tietgen, Walter, Anmerkung zu BVerwG DVBl. 58, 714 f., DVBl. 58, 715 ff.
- Tietgen, Walter, Das verwaltungsprozessuale Rechtsschutzbedürfnis im Hinblick auf zivilgerichtlich verfolgbare Ersatzleistungsansprüche, DVBl. 60, 261 ff.
- v. Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, unveränderter Nachdruck der 1910 erschienenen 1. Aufl., Berlin 1957 (zit.: v. Tuhr I)
- v. Turegg, Kurt Egon, Gefährliche und gefährdete Generalklausel, Berlin-Köln 1956 (zit.: v. Turegg, Generalklausel)
- v. Turegg-Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Berlin 1962 (zit.: v. Turegg-Kraus)
- Ule, Carl Hermann, Die Lehre vom Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel, Recht-Staat-Wirtschaft, III. Band, Düsseldorf 1951, S. 260 ff. (zit.: Ule, Recht-Staat-Wirtschaft III)
- Ule, Carl Hermann, Verwaltungsgerichtsbarkeit (Band I 2. Halbband von M. v. Brauchitsch Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, neu herausgegeben von Ule), 2. Aufl., Köln-Berlin-München-Bonn 1962 (zit.: Ule, VwGO)

- Ule, Carl Hermann, Verwaltungsprozeßrecht, Studienbuch, 3.Aufl., München und Berlin 1963 (zit.: Ule, Studienbuch)
- Vossen, Leo, Die Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, AöR 24(1909), 202 ff.
- Wach, Adolf, Der Feststellungsanspruch, Leipzig 1889 (zit.: Wach)
- Westermann, Harry, Lehrbuch des Sachenrechts, 4.Aufl., Karlsruhe 1960 (zit.: Westermann)
- Wieczorek, Bernhard, Zivilprozeßordnung, Band II, Teil 1, Berlin 1957 (zit.: Wieczorek)
- Wielandt, Friedrich, Die Rechtsprechung des Großherzoglich Badischen Verwaltungsgerichtshofes, Teil I, Karlsruhe 1891 (zit.: Wielandt I)
- Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 9.Aufl., Frankfurt/M 1906 (zit.: Windscheid-Kipp I)
- Wittig, Peter, Die Erledigung von Verwaltungsakten vor Rechtshängigkeit einer Klage, BayVBl. 64,394 ff.
- Zuck, Rüdiger, Ist bei fehlerhaften Landratswahlen für einen einzelnen Beteiligten ein Rechtsweg gegeben? DÖV 61, 496 ff.
- Zweigert, Kurt, Anmerkung zu Bez.VG Berlin brit.Sektor DV 49,523 ff., DV 49,525 ff.

1. Abschnitt

Geschichte und Wesen der verwaltungs- gerichtlichen Feststellungsklage

1. Die Geschichte der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage

Das erste Land, in dem in Deutschland die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage Eingang fand, war Baden. § 50 der Vollzugsverordnung vom 12.7.1864¹⁾ zum Gesetz über die Organisation der inneren Verwaltung vom 5.10.1863²⁾ bestimmte, daß die Verwaltungsgerichte verpflichtet seien, solche Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, welche eine Vorfrage für die Entscheidung einer anhängigen bürgerlichen Streitsache bilden, auf Antrag des einen oder anderen Beteiligten auch dann zu entscheiden, wenn diese Entscheidung zu keinem anderen Zweck nachgesucht werde, als um sie bei dem bürgerlichen Gericht zur Vorlage zu bringen. Dementsprechend ließ der badische Verwaltungsgerichtshof die Feststellungsklage zu³⁾. Durch das Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 14.6.1884⁴⁾ wurde das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten neu geregelt. § 44 der Verordnung über das Verfahren in Verwaltungssachen vom

1) Reg.Bl. S.333.

2) Reg.Bl. S.399.

3) Vgl. Wielandt I, Nr.97,98.

4) GVBl. S.197.

31.8.1884⁵⁾ hat den zweiten Abschnitt der Vollzugsverordnung von 1864 und damit auch § 50 auf. Obwohl das neue Recht keine Bestimmung über die Feststellungsklage enthielt, änderte sich die Rechtsprechung nicht⁶⁾. Der VGH stützte sich dabei auf die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 16 des Gesetzes vom 14.6.1884, in der die Zulässigkeit der Feststellungsklage unter Verweis auf § 256 ZPO⁷⁾ als "jetzt außer Frage" stehend bezeichnet wurde.

Das Verwaltungsrechtspflegegesetz Württembergs vom 16.12.1876⁸⁾ ordnete in Art.72 an, daß "soweit nicht Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes entgegenstehen, auf das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten die Vorschriften der jeweils bestehenden bürgerlichen Prozeßordnung, auch soweit sie in gegenwärtigem Gesetz nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt sind, entsprechende Anwendung finden". Auf Grund dieser Bestimmung wandte der württembergische Verwaltungsgerichtshof auch den § 256 ZPO analog an und ließ in ständiger Rechtsprechung die Feststellungsklage zu⁹⁾.

Nach dem ersten Weltkrieg wurde die Feststellungsklage in Anlehnung an § 256 ZPO in Hamburg, Bremen, Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz zugelassen, in Hamburg durch § 20 des Gesetzes vom 2.11.21, in Bremen durch § 28 des Gesetzes vom 6.1.24, in Mecklenburg-Schwerin durch § 33 des Gesetzes vom 3.3.22, in Mecklen-

5) GVB1. S.385.

6) Vgl. Wielandt I, Nr.99,100.

7) damals § 231.

8) Reg.Bl. 485.

9) Vgl. Jahrb.württ.Rechtspfl. 13,309,320 f.; 22,125 ff.; 26,364,373.

burg-Strelitz durch § 42 Abs.I Ziff.2 des Gesetzes vom 17.8.22.

In den übrigen Ländern war die Feststellungsklage nach überwiegender Auffassung nur auf Grund einzelner Sonderbestimmungen zulässig (sog. besondere Feststellungsklagen). Eine allgemeine Feststellungsklage entsprechend § 256 ZPO wurde abgelehnt von den Verwaltungsgerichten Preussens¹⁰⁾, Sachsens¹¹⁾, Bayerns¹²⁾, Hessens¹³⁾, in der Literatur insbesondere von Schultzenstein¹⁴⁾, Anschütz¹⁵⁾, Friedrichs¹⁶⁾, Loening¹⁷⁾, Fleiner¹⁸⁾, Jellinek¹⁹⁾.

Die Ablehnung wurde in der Regel mit der Geltung des Enumerationsprinzips und mit einem Umkehrschluß aus der Zulassung besonderer Feststellungsklagen begründet. Schultzenstein war darüber hinaus der Auffassung, die Ersetzung der zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse durch öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse, die bei einer Übernahme des § 256 ZPO in das Verwaltungsstreitverfahren notwendig werde, sei eine wesentliche Änderung des § 256 ZPO, von einer bloßen Analogie könne man daher nicht sprechen; weiterhin sei die Feststellungsklage des § 256 ZPO auch abgesehen von ihrem Gegenstand ein zu eigenartiges Zivilprozeßgebilde, das jeder entsprechenden

10) OVGE 23,399,401; 28,207,209 ff.; 28,218,221; 43,360,364 f.; 46,82,86; 75,393,397.

11) Jahrb.sächs.OVG 2,45,49 f.; 4,129 f.; 4,357,359; 9,110 f.; 11,291 ff.; 12,37 f.; 33,283,288 f.

12) Dyroff, S.262 f.,774 f.,Ergänzungsband,S.134.

13) VGHE 7,113,118.

14) Recht 1910, Sp.489 ff.

15) VerwArch 5,390,403 f.; 6,593,605.

16) VerwArch 6,358,525 f.

17) VerwArch 7,1,52 ff.

18) S.267.

19) Lehrbuch, S.191,300 f.

Anwendung außerhalb des Zivilprozesses widerstrebe. Fleiner stützte sich darauf, die Verwaltungsgerichte hätten - von den wenigen Fällen der sog. ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege abgesehen - nur zu entscheiden, ob die Verwaltungsbehörde dem Rechte gemäß verfahren sei.

Für die Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage traten Vossen²⁰⁾ und Blüher²¹⁾ ein. Vossen befaßte sich ausdrücklich allerdings nur mit einer Feststellungsklage über die Rechtmäßigkeit von Polizeiverfügungen. Die Zulassung dieser Klage hielt er für besonders dringend, weil die untere Polizeibehörde in vielen Fällen trotz Aufhebung der Verfügung auf eine Anfechtungsklage hin erneut eine gleichlautende Verfügung erlasse. Durch die §§ 7, 127, 128 des pr. Landesverwaltungsgesetzes werde die Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht ausgeschlossen, da diese Bestimmungen die Art und die prozessuale Form der anzustellenden Verwaltungsklage nicht regelten. Blüher meinte, die Eigenart der Verwaltungsrechtspflege stehe der Feststellungsklage nicht entgegen, begünstige vielmehr Feststellungsurteile mehr als Leistungsurteile, da eine Verurteilung des Staates in der Regel überflüssig sei. Auch folge aus dem Enumerationsprinzip nur, daß jede Klageart in der Verwaltungsrechtspflege ein beschränktes Gebiet habe, für die Anwendung einer einzelnen Klageart innerhalb dieses Gebiets folge daraus nichts.

Nach dem zweiten Weltkrieg fand die allgemeine Feststellungsklage in allen Verfahrensordnungen

20) ABR 24 (1909), S. 202 ff..

21) Jahrb.sächs.OVG 16 (1911), S. 1 ff., 97 ff..

Eingang: § 24 südd.VGGe, § 52 VO 165, § 24 VGG Rheinland-Pfalz, § 22 VGG Berlin, § 23 VGG Saarland, § 16 BVerwGG, § 24 VGG Baden-Württemberg. Die am 1.4.1960 in Kraft getretene Verwaltungsgerichtsordnung läßt die allgemeine Feststellungsklage in § 43 zu²²⁾.

2. Das Wesen der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage

Die ZPO kennt die drei Klagearten: Leistungsklage (Verurteilungsklage), Feststellungsklage, Gestaltungsklage. Die VwGO hat dieses Klagensystem übernommen. Zur Bestimmung des Wesens der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage kann daher auf die zivilprozessuale Literatur zurückgegriffen werden. M.E. kann das Klagensystem der ZPO überhaupt als Institution des allgemeinen Prozeßrechts angesehen werden, wie auch seine Übernahme in das SGG und die FGO zeigt.

Überwunden ist heute eine Anschauung, daß der Kläger mit der Feststellungsklage einen materiellrechtlichen Anerkennungs- oder Feststellungsanspruch geltend mache, der neben dem Leistungsanspruch aus dem Rechtsverhältnis erwachse²³⁾. Bereits Wach²⁴⁾ hat nachgewiesen, daß derartige Ansprüche nicht existieren, insbeson-

22) Aus der Erörterung ausgeklammert wird zunächst die Bestimmung des § 113 I 4 VwGO.

23) So die Motive zu § 256 ZPO, Hahn I, S.255 ff.; Bähr, S.314 ff.; v.Kienitz, ZZP 10, 211, 215 Fußnote 5, anders allerdings S.224 ff. Fußnote 12; Plösz, S.161 ff. und 169 ff.; Degenkolb, S.72, 137 ff. und 166 ff., der von einem Sicherungsanspruch privatrechtlicher Art spricht.

24) S.4 ff..

dere nicht durch § 256 ZPO verliehen werden²⁵⁾.

Die Feststellungsklage ist logisch die Grundform der Klage, der Grundtypus der Klagearten. Mit ihr wird Rechtsschutz in der Form begehrt, daß das Gericht einen autoritativen deklaratorischen Ausspruch über ein "Sein" treffen soll. Mit der Gestaltungsklage wird vom Gericht die Änderung eines "Seins", mit der Leistungsklage ein Leistungsbefehl begehrt. Sowohl der Leistungsbefehl als auch die Gestaltung setzen voraus, daß zunächst der gegenwärtige Rechtszustand festgestellt wird. Erst auf dieser Feststellung bauen der Leistungsbefehl und die Gestaltung auf²⁶⁾.

Auffallend ist, daß sowohl die ZPO als auch die VwGO die Feststellungsklage als einzige Klageart in einer allgemeinen Vorschrift regeln²⁷⁾.

25) Ebenso Rosenberg, § 86 I; Nikisch, S.151; Stein-Jonas, § 256 Anm.I 3; BGH MDR 59,209; Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr.1; Klinger, § 43 Anm.B; Forsthoff, S.497; Menger, System, S.233; a.A.heute nur noch Huber, S.619. Auf den von Wach entwickelten öffentlich-rechtlichen Feststellungsanspruch als Unterart des Rechtsschutzanspruchs kann in dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

26) Früher wurde verschiedentlich geleugnet, daß das Leistungsurteil einen Befehl enthalte. Der Unterschied zwischen der Leistungs- und der Feststellungsklage wurde im Rechtsschutzgrund gesehen, der bei der Leistungsklage in einer Rechtsverletzung, bei der Feststellungsklage in einer Rechtsgefährdung bestehen sollte, vgl. Wach, S.34 ff.; ähnlich Kohler, Forschungen, S.63 f. Diese Auffassung, die mit § 257 ZPO unvereinbar ist, wird heute nicht mehr vertreten, vgl. Rosenberg, § 85 I 1, 86 I a.E.; Nikisch, S.146, 150; Stein-Jonas, § 256 Vorbem.II 1; aus der älteren Literatur Langheineken, S.93 ff., 203 ff.; Hellwig, Lehrbuch I, S.58 f.

27) In § 43 II VwGO werden zwar die Leistungs- und die Gestaltungsklage erwähnt, aber nicht selbständig geregelt.

Diese Gesetzgebungstechnik läßt sich historisch damit erklären, daß sowohl im Zivil- als auch im Verwaltungsprozeß lange Zeit Zweifel an der Zulässigkeit der Feststellungsklage bestanden. Für den Verwaltungsprozeß kann insoweit auf die obigen²⁸⁾ Ausführungen verwiesen werden. Für den Zivilprozeß mag ein Hinweis auf die Motive zu § 256 ZPO genügen, in denen ausdrücklich die in der Praxis herrschende Unsicherheit erwähnt wird²⁹⁾. Der Gesetzgeber der ZPO stand zudem auf dem Standpunkt, die Voraussetzungen zu regeln, unter denen eine Klage erhoben werden könne, sei an sich Sache des materiellen Rechts³⁰⁾. Die Alleinregelung der Feststellungsklage ist auch heute noch berechtigt, da die Zulässigkeit der Leistungsklage als selbstverständlich empfunden wird und sich die Gestaltungsklage wegen des für sie geltenden Enumerationsprinzips einer allgemeinen Regelung entzieht.

2. Abschnitt

Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage

I. Die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses

1. Der Rechtsverhältnissbegriff

Gem. § 43 I (Fall 1) VwGO kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts-

28) S. 3 f.

29) Vgl. Hahn a.a.O.

30) Vgl. Hahn a.a.O.

verhältnisses begehrt werden. Für die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist daher der Begriff des Rechtsverhältnisses einer der Zentralbegriffe.

Entsprechend dem Ausgangspunkt, daß das Klagen-system der ZPO und damit auch die Feststellungsklage eine Institution des allgemeinen Prozeßrechts ist, liegt es nahe, auch von einem einheitlichen Rechtsverhältnisbegriff in allen Prozeßordnungen auszugehen. In der Tat haben die hanseatischen Verwaltungsgerichte keine Bedenken getragen, die im Zivilprozeß übliche Definition zu übernehmen¹⁾. Auch nach 1945 sahen die Verwaltungsgerichte von einer eigenständigen Begriffsentwicklung ab²⁾. Der im Zivilprozeß verwendete Rechtsverhältnisbegriff wiederum ist mit demjenigen des Bürgerlichen Rechts identisch. Wenn auch das Reichsgericht in seiner Rechtsprechung zu § 256 ZPO nicht ausdrücklich an letzteren angeknüpft hat, so hat es doch niemals zwischen einem materiellrechtlichen und einem formellrechtlichen Rechtsverhältnisbegriff unterschieden³⁾⁴⁾.

Sieht man sich die Definitionen an, die dem Begriff des Rechtsverhältnisses im Laufe der

-
- 1) Vgl. VG Bremen, HansRZ 1925, Sp.955 f.; OVG Hamburg, HansRZ 1930, A.741.
 - 2) Vgl. z.B. OVG Münster AS 1,15; BVerwG DÖV 1957, 426 und DÖV 1962, 702; für die Sozialgerichtsbarkeit Peters-Sautter-Wolff, § 55 Anm.2.
 - 3) Vgl. z.B. die Entscheidungen in Gruch.Beitr.49, 659 f.; RGZ 107,303 f.; Seuff.Arch.94, Nr.59.
 - 4) In der Literatur hat erstmals Wieczorek, § 253 Anm.B II b 2 u.B II c 2 eine solche Unterscheidung versucht. Seine Unterscheidung zwischen dem Rechtsverhältnis im prozessualen und im außerprozessualen Sinn beschränkt sich aber ihrem Inhalt nach auf die im oben folgenden Text (bei Fußn.5) behandelte Frage, ob es Rechtsverhältnisse zu Sachen gibt.

Jahrzehnte gegeben worden sind und die ihm heute gegeben werden, so erblickt man eine zunächst verwirrende Fülle und Vielzahl. Es gibt kaum zwei Schriftsteller, die die gleiche Definition verwenden. Die Unterschiede sind jedoch im wesentlichen nur terminologischer Art, so daß auf eine Bestandsaufnahme der Lehrmeinungen, die stets unvollständig bleiben müßte, verzichtet werden kann.

Dem Inhalt nach besteht Übereinstimmung über folgenden "Begriffskern": Ein Rechtsverhältnis ist eine durch eine oder mehrere Rechtsnormen geschaffene Beziehung zwischen Rechtssubjekten. Meinungsverschiedenheiten sachlicher (nicht nur terminologischer) Art sind lediglich darüber vorhanden, ob dieser Begriffskern noch einer Ergänzung bedarf. Streitig ist zunächst, ob rechtliche Beziehungen auch zwischen einem Rechtssubjekt und einer Sache oder einem unkörperlichen Gegenstand bestehen können⁵⁾. Diese Streitfrage beruht auf den unterschiedlichen Auffassungen über den Rechtsnormbegriff. Sieht man das Wesen der Rechtsnorm darin, daß sie Verpflichtungen auferlegt (sog. Imperativentheorie⁶⁾), so kann sie Beziehungen nur zwischen Rechtssubjekten begründen. Rechtsverhältnisse

5) Hierfür treten u.a. ein: Rosenberg, § 86 II 1 a; Stein-Jonas, § 256 Anm. II 1; Enneccerus-Nipperdey, S. 427; Westermann, S. 5 f.; Eyer-mann-Fröhler, § 43 Rdnr. 3; Klinger, § 43 Anm. C I 1 a; Redeker-v. Oertzen, § 43 Anm. 2; Menger, System, S. 233 f.; a.A. sind u.a.: Nawiasky, S. 164, 166; Jellinek, Lehrbuch, S. 191; v. Köhler, S. 204; Ule, VwGO, § 43 Anm. I 2 a; Rupp, Grundfragen, S. 17, 166 f., 224 f..

6) Zur Terminologie vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 152; Vertreter dieser Theorie u.a.: Nawiasky, S. 8, 152 ff.; Rupp, a.a.O., S. 15 ff., 223 ff..

zwischen einem Rechtssubjekt und einer Sache oder einem sonstigen Gegenstand sind nur dann denkbar, wenn es für die Rechtsnorm nicht nur charakteristisch ist, Pflichten auszusprechen, sondern ihr vielmehr auch die Funktion zukommt, andere Rechtsfolgen anzuordnen, z.B. den Erwerb, die inhaltliche Veränderung, den Übergang des Eigentums zu regeln⁷⁾.

Es würde zu weit führen, hier auf das Wesen der Rechtsnorm einzugehen. Letzten Endes ist es eine Frage der philosophischen Überzeugung, welcher Auffassung man sich anschließt. Da der Verfasser der Imperativentheorie zuneigt, soll für die weitere Untersuchung davon ausgegangen werden, daß Rechtsverhältnisse nur zwischen Rechtssubjekten bestehen können. Die Gegenmeinung wird jedoch berücksichtigt werden, falls sich aus ihr im Laufe dieser Arbeit andere Schlußfolgerungen ergeben sollten.

Eine weitere Meinungsverschiedenheit besteht darüber, ob die Definition des Rechtsverhältnissbegriffs dahin zu ergänzen ist, daß die Beziehung auf Grund eines konkreten Sachverhalts gegeben, d.h. aus einem konkreten Sachverhalt hervorgegangen sein muß⁸⁾. M.E. ist die Aufnahme dieses Kriteriums in die Definition nicht erforderlich. Es ist in den übrigen Begriffsmerkmalen bereits mit enthalten: Eine Rechts-

7) So z.B. Larenz, a.a.O., S.155.

8) So Rosenberg a.a.O.; Stein-Jonas a.a.O.; Eyermann-Fröhler a.a.O.; Klinger a.a.O.; BVerwGE 14,235,236; 16,92,93; überhaupt die h.M.; a.A. sind u.a.: Nawiasky, S.153 ff.; Crome, S.161; Kohler, Lehrbuch I, S.149; v.Tuhr I, S.125; Jellinek, Lehrbuch, S.191.

norm kann eine Beziehung zwischen bestimmten Rechtssubjekten nur schaffen, wenn ihr abstrakter Tatbestand (ihre Voraussetzungsseite) im Einzelfall erfüllt ist.

Ergänzungen des Rechtsverhältnissbegriffs nach weiteren Richtungen werden nicht vertreten.

Der oben⁹⁾ angegebene Begriffskern reicht demnach nach der hier vertretenen Auffassung für die Definition des Rechtsverhältnissbegriffs aus.

Je nachdem, ob es sich um Beziehungen handelt, die durch eine oder durch mehrere Rechtsnormen geschaffen sind, kann man einfache und zusammengesetzte Rechtsverhältnisse unterscheiden. Zusammengesetzte Rechtsverhältnisse sind im bürgerlichen Recht z.B. das Kaufverhältnis und das Dienstverhältnis, im öffentlichen Recht z.B. das Beamtenverhältnis und das Benutzungsverhältnis.

2. Zugehörigkeit des Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht

Da nach § 40 VwGO der Verwaltungsrechtsweg für öffentlichrechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist, soweit sie nicht anderen Gerichten zugewiesen sind, können nur öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse und auch diese nur im Rahmen des Verwaltungsrechtswegs Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage sein.

9) S.9.

3. Die Entstehung des Rechtsverhältnisses

Mit der Feststellungsklage wird die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt. Bei der positiven Feststellungsklage behauptet der Kläger, daß ein Rechtsverhältnis bestehe, bei der negativen wendet sich der Kläger gegen eine entsprechende Behauptung des Beklagten. Die schlüssige Behauptung des Bestehens oder Nichtbestehens ist Sachurteilsvoraussetzung.

"Bestehen" bezeichnet einen Zustand der Ruhe, das Ergebnis eines Vorgangs, der "Entstehung". Es ist daher zunächst zu prüfen, wann ein Rechtsverhältnis entsteht.

Aus der hier¹⁰⁾ verwendeten Definition ergibt sich, wie bereits erwähnt, daß ein Rechtsverhältnis zwischen bestimmten Personen entsteht, wenn der Tatbestand einer Rechtsnorm erfüllt ist. Dies gilt jedenfalls für das einfache, nur durch eine Rechtsnorm typisierte Rechtsverhältnis. Ein zusammengesetztes Rechtsverhältnis entsteht dann, wenn der Tatbestand derjenigen Rechtsnorm erfüllt ist, durch die das jeweilige zusammengesetzte Rechtsverhältnis seinen charakteristischen Inhalt erhält.

Tatbestandserfüllung bedeutet, daß ein Lebenssachverhalt gegeben ist, der dem abstrakten Tatbestand der Rechtsnorm entspricht. Welcher Lebenssachverhalt vorliegen muß, um ein Rechtsverhältnis entstehen zu lassen, kann also an der jeweils in Betracht kommenden Rechtsnorm

10) S. 9, 11.

abgelesen werden. Meinungsverschiedenheiten über den erforderlichen Lebenssachverhalt sind nur dann denkbar, wenn die Existenz oder die Auslegung der Rechtsnorm selbst zweifelhaft ist.

Die im verwaltungsprozessualen Schrifttum im Zusammenhang mit der "vorbeugenden Feststellungsklage"¹¹⁾ erörterte Frage, in welchem Zeitpunkt vor Erlass eines Verwaltungsakts ein Rechtsverhältnis entsteht, der sog. "Konkretisierungsstreit", ist daher in Wahrheit ein Streit über die zugrundeliegenden Rechtsnormen. Um welche Rechtsnormen es sich hierbei handelt, wird ein Überblick über die vertretenen Auffassungen ergeben.

Jellinek¹²⁾ unterscheidet zwischen Rechtsverhältnis und Rechtszustand, den er als Möglichkeit künftiger Rechtsverhältnisse bezogen auf ein Rechtssubjekt definiert. Er meint¹³⁾, der Rechtszustand sei zum Rechtsverhältnis geworden, "wenn zwischen dem Staat und dem einzelnen Beziehungen bestehen, kraft deren auch nur nach Meinung der Staatsbehörde ein Einschreiten gegen den einzelnen zulässig ist".

Fenge¹⁴⁾ ist der Ansicht, "aus der beziehungslosen, rein theoretischen Möglichkeit des Einschreitens, die einer unbestimmten Anzahl von Staatsbürgern gegenüber besteht", werde erst dann ein "konkretes Verhältnis, wenn sich die Behörde für einen einzelnen Fall in Bezug auf

11) Zur Terminologie vgl. R. Naumann, Verhandlungen, S. D 18, 35.

12) Lehrbuch, S. 192.

13) Veröff. d. VDSStRL 2, 8, 61 f.

14) Diss. S. 79.

eine zu treffende Maßnahme zu interessieren beginnt". An anderer Stelle¹⁵⁾ führt er aus, ein Rechtsverhältnis entstehe, wenn die Behörde die ernstliche Absicht zum Einschreiten gewinne. Während diese Abgrenzung bei "Rechten" des Staates gelten soll, hält es Fenge bei Freiheitsrechten des Einzelnen zur Konkretisierung für erforderlich, daß ein Eingriff in ein grundrechtlich oder gesetzlich geschütztes Rechtsgut erfolgt ist oder alsbald zu erfolgen droht¹⁶⁾. Ein Leistungsrecht schließlich soll mit der Antragstellung des Berechtigten entstehen¹⁷⁾.

Bergmann unterscheidet wie Jellinek zwischen Rechtszustand und Rechtsverhältnis. Die Konkretisierung könne förmlich durch Verwaltungsakt, öffentlichrechtlichen Vertrag, Einordnung in ein Anstalts-, Dienst- oder Verbandsverhältnis, außerdem aber auch formlos in dem Moment erfolgen, in dem die Behörde "auf ernstliche Weise ein nach außen hin erkennbar werdendes Verhalten zeigt, aus dem der Kläger bei objektiver Betrachtung auf eine in nächster Zukunft zu erwartende erhebliche Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre oder Beeinträchtigung des Bereichs seiner berechtigten Interessen schließen muß". Dies sei z.B. der Fall bei der Androhung einer Strafanzeige oder eines Verwaltungsaktes¹⁸⁾¹⁹⁾.

15) DÖV 56,392 ff..

16) Diss. S.72.

17) Diss. S.73.

18) Diss. S.77 a ff., vgl. auch DÖV 59,570 ff. und VerwArch 49(1958),333,337. Die Auffassung Bergmanns geht auf Huber, S.619, zurück.

19) So auch BVerwGE 4,363 f.; OVG Hamburg DVBl. 50, 644 und DVBl. 63,304 f.; OVG Münster AS 17,39, 40 f.; OVG Berlin AS 7,51,52; WUBaVGH ESVG 8, 115,117; Ein irgendwie geartetes Verhältnis der Behörden halten auch für erforderlich: BVerwGE 14,202,203; 14,235,236 f.; 16,92,93;

R. Naumann²⁰⁾ und A. Naumann²¹⁾ halten ein irgendwie geartetes Verhalten der Behörde nicht zur Entstehung eines Rechtsverhältnisses für erforderlich. Sie sind der Ansicht, zwischen Staat und Bürger liege ein Rechtsverhältnis vor, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zum Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes erfüllt seien. Die Inaussichtstellung von Verwaltungsmaßnahmen sei nur für das Rechtsschutzinteresse von Bedeutung. Neuerdings hat Ruckdäschel²²⁾ R. Naumann mit Nachdruck zugestimmt.

Kreutziger²³⁾ folgt R. und A. Naumann einerseits darin, daß ein Rechtsverhältnis entstehe, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für den staatlichen Eingriff erfüllt seien. Kreutziger meint andererseits aber, es genüge, daß sich der Staat ernsthaft eines Eingriffsrechts berühme. Letztlich bestimme daher das Feststellungsinteresse, wann ein Rechtsverhältnis vorliege.

Hufnagl²⁴⁾, Hasselbach²⁵⁾, wohl auch v. Turegg²⁶⁾ sind der Auffassung, Rechtsverhältnisse könnten nur durch Verwaltungsakt entstehen²⁷⁾.

BVerwG DÖV 57,426 f.; BVerwG DÖV 63,479,480;
OVG Hamburg GewArch 61,90,91; VG Berlin
NJW 60,1410 f..

20) Gedächtnisschrift f. Jellinek, S.391 ff., insbesondere S.397 ff..

21) Diss. S.330.

22) DÖV 61,675,678 ff..

23) Diss. S.83 ff..

24) Anm. zu § 24 (S.135).

25) Diss. S.26 ff..

26) Generalklausel, S.72 f..

27) Für die Eingriffsverwaltung auch Mörtel
S.157 ff.; vgl. auch OVG Lüneburg AS 5,
312,313 f.; 9,369,372; OVG Münster DÖV 56,
411 f. und Verw.Rspr. 9,769 f..

Hoffmann²⁸⁾ und Brohm²⁹⁾ räumen ein, daß Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger unmittelbar auf Gesetz beruhen können. Sie sind jedoch der Ansicht, Rechtsverhältnisse dieser Art seien nicht feststellungsfähig. Es müsse eine weitere Konkretisierung eintreten. Drohungen, Warnungen, Mitteilungen der Behörde etc. reichten hierzu nicht aus. Die Behörde könne ihre Ansichten über die zu erlassende Maßnahme und ihre Ausgestaltung im einzelnen jederzeit noch ändern. Während Hoffmann feststellbare Rechtsverhältnisse vor Erlass eines Verwaltungsaktes überhaupt verneint, macht Brohm eine Ausnahme hinsichtlich der in Bebauungsplänen vorgesehenen Maßnahmen.

Die hier aufgeführten Meinungen lassen sich, soweit sie die Eingriffsverwaltung betreffen³⁰⁾, auf vier Grundauffassungen zurückführen. Rechtsverhältnisse sollen hiernach entstehen:

- a) wenn ein staatlicher Eingriff drohe,
- b) wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zum Erlass von Verwaltungsakten erfüllt seien,
- c) nur durch Erlass eines Verwaltungsaktes,
- d) zwar unmittelbar durch Gesetz, was aber zur Konkretisierung nicht ausreiche.

Aus der Erörterung auszuklammern ist zunächst die Auffassung d), da sie sich nicht nur mit der Entstehung von Rechtsverhältnissen befaßt,

28) BayVBl. 1962, 72, 75; 101f..

29) S. 78 f..

30) Im Gebiet der Leistungsverwaltung kann die Antragstellung nur mit der prozessualen Geltendmachung gleichgesetzt werden. Sie kann daher entgegen Fenge nicht Voraussetzung für die Entstehung eines Rechtsverhältnisses sein.

sondern ein neues Merkmal, nämlich die Feststellungsfähigkeit, einführt. Hierauf wird später zurückzukommen sein.

Die Auffassung c) beruht auf der Vorstellung, daß Rechte und Pflichten nur durch Verwaltungsakt begründet werden könnten, daß also der Erlaß eines Verwaltungsaktes Tatbestandsmerkmal einer jeden öffentlichrechtlichen Rechtsnorm sei. Die Auffassung b) setzt voraus, daß die gesetzlichen Bestimmungen, die die Voraussetzungen zum Erlaß von Verwaltungsakten regeln, Rechtsnormen seien. Die Auffassung a) schließlich erfordert Rechtsnormen, zu deren Tatbestand das Drohen eines staatlichen Eingriffs gehört.

Damit ist der Hintergrund des "Konkretisierungsstreits" dargelegt, die Uneinigkeit und Unklarheit über die für die Entstehung von Rechtsverhältnissen maßgeblichen Rechtsnormen. Es ist daher die Frage, welche der erwähnten Rechtsnormen wirklich existiert. Zunächst soll geprüft werden, ob die gesetzlichen Bestimmungen, die die Voraussetzungen zum Erlaß von belastenden Verwaltungsakten regeln, Rechtsnormen sind. Wird dies bejaht, so steht zugleich fest, daß der Erlaß eines Verwaltungsakts nicht Tatbestandsmerkmal einer jeden öffentlichrechtlichen Norm sein kann.

Die genannten Bestimmungen sind Rechtsnormen, wenn sie eine Pflicht des Bürgers aussprechen³¹⁾.

31) Die auf S. 9f. dieser Arbeit erwähnten unterschiedlichen Auffassungen über den Rechtsnormbegriff spielen hier keine Rolle, da die etwaige Funktion der Rechtsnorm, andere Rechtsfolgen als Pflichten anzuordnen, hier nicht in Betracht kommen kann.

In Betracht kommt nur eine Pflicht zur Duldung des Eingriffs. Daß diese Pflicht besteht, ist nicht zweifelhaft. Fraglich ist jedoch, ob sie durch die genannten Bestimmungen begründet wird oder ob sie unabhängig von ihnen dem Bürger auferlegt ist. Der Bürger muß nämlich auch solche Verwaltungsakte hinnehmen, die ohne Erfüllung der gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen, also rechtswidrig erlassen worden sind. Die Duldungspflicht gegenüber rechtswidrigen Verwaltungsakten³²⁾ hat aber nur vorläufigen Charakter, sie kann durch gerichtliches Urteil auf eine Anfechtungsklage hin beseitigt werden. Die Beseitigungsmöglichkeit ist zwar durch Rechtsmittelfristen zeitlich beschränkt, sie steht auch unter dem Risiko einer unrichtigen richterlichen Entscheidung. Diese auf dem Prozeßrecht bzw. den prozessualen Gegebenheiten beruhenden Ausnahmen von der Vorläufigkeit der Duldungspflicht gegenüber unrechtmäßigen Verwaltungsakten erlauben es jedoch nicht, die Duldungspflicht gegenüber rechtmäßigen Verwaltungsakten mit der gegenüber unrechtmäßigen gleichzusetzen. Rechtmäßige Verwaltungsakte sind stets und von vornherein endgültig hinzunehmen³³⁾, rechtswidrige Verwaltungsakte werden nur in den erwähnten Ausnahmefällen und dann erst zu einem späteren Zeitpunkt (Fristablauf, Rechtskraft des Gerichtsurteils) endgültig ver-

32) Grund für diese Pflicht ist nicht so sehr die Rücksicht auf die Staatsautorität, sondern die Forderung nach Rechtssicherheit, Rechtsklarheit, Rechtsfrieden, vgl. hierzu Nicklisch, S.55 f..

33) Daß auch rechtmäßige Verwaltungsakte angefochten und durch ein unrichtiges Urteil aufgehoben werden können, ändert an der materiellrechtlichen Lage nichts.

bindlich.

Die sofortige endgültige Duldungspflicht beruht daher auf den gesetzlichen Bestimmungen, die die Voraussetzungen zum Erlaß von Verwaltungsakten regeln. Diese Bestimmungen sind somit Rechtsnormen. Als Zwischenergebnis ist demnach festzuhalten, daß mit der Erfüllung der gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen und nicht nur durch Verwaltungsakt Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger entstehen.

Die Prüfung, ob die Auffassung zutreffend ist, Rechtsverhältnisse entstünden mit dem Drohen eines Eingriffs, ist mit diesem Ergebnis nicht überflüssig geworden. Daß ein Rechtsverhältnis begründet wird, wenn die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen erfüllt sind, schließt nicht aus, daß ein anderes Rechtsverhältnis entsteht, wenn ein Eingriff droht.

Wie bereits erwähnt³⁴⁾, kann ein Rechtsverhältnis in diesem Zeitpunkt nur entstehen, wenn es Rechtsnormen gibt, zu deren Tatbestand das Drohen eines staatlichen Eingriffs gehört. In Betracht kommen lediglich Normen, die die Unterlassung rechtswidriger Eingriffe gebieten. Allerdings ist auch bei diesen Normen streitig, ob das Drohen des Eingriffs Tatbestandsmerkmal oder Prozeßvoraussetzung ist. Bevor hierauf eingegangen werden kann, ist zu untersuchen, ob das öffentliche Recht überhaupt Normen kennt, die dem Staat die Verpflichtung auferlegen, rechtswidrige Beeinträchtigungen der Rechtssphäre des Bürgers zu unterlassen.

34) S. 17.

Geschriebene Rechtssätze, die diese Pflicht ausdrücklich aussprechen, gibt es nicht. Das Grundgesetz enthält jedoch Bestimmungen, aus denen sich diese Pflicht und ein ihr entsprechender Anspruch des Bürgers ergeben können. Dies sind einmal die Grundrechtsbestimmungen, zum anderen Art.20 Abs.III. Bereits zu einer Zeit, als die Grundrechte noch weitgehend als Programmsätze angesehen wurden, nämlich im Kaiserreich und in der Weimarer Republik, zu einer Zeit, als auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung noch kein Verfassungssatz war³⁵⁾, hat ein Teil der Lehre Unterlassungsansprüche aus den Grundrechten, soweit sie Freiheitsrechte sind, oder aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip hergeleitet. Dies ist umso bemerkenswerter, als diesen Ansprüchen damals jede Klagbarkeit fehlte. So heißt es z.B. schon bei Bühler³⁶⁾, auf Grund des Gesetzmäßigkeitsprinzips bestehe "ein umfassendes subjektives öffentliches Recht der Untertanen dahingehend, daß die Verwaltung alle Eingriffe zu unterlassen hat, die ihr nicht durch Gesetz erlaubt sind". Besonders interessant sind folgende Ausführungen Jellineks³⁷⁾: " ... würde wohl aus der allgemeinen Freiheit oder aus einer der bekannten gesetzlich gewollten, nicht bloß geduldeten Freiheiten auf Unterlassung eines drohenden Eingriffs geklagt werden können, wenn im Verwaltungsstreitverfahren die gleichen Klagen zulässig wären wie im Zivilprozeß? ... die hypothetische Frage nach der Zulässigkeit der Unterlassungsklage (muß man) bejahen. Es ist mehr

35) Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung Jesch, Gesetz, S.117 ff..

36) S.130.

37) Lehrbuch, S.208.

ein Zufall, keine Notwendigkeit, daß die allgemeine Freiheit und die einzelnen Freiheiten heute noch nicht durch die verwaltungsgerichtliche Unterlassungsklage geschützt sind". Jellinek fährt dann fort, es entspreche schon jetzt der allgemeinen Auffassung, daß der einzelne Unterlassung "verlangen" könne.

Entgegen der Annahme Jellineks besteht noch nicht einmal heute - unter der Geltung des Grundgesetzes - eine solche allgemeine Auffassung. Zwar meinen auch Maunz-Dürig³⁸⁾, es stehe außer Frage, daß die Grundrechte, insbesondere die auf Unterlassung gerichteten Freiheitsrechte, echte subjektive öffentliche Rechte mit einem Anspruchsinhaber, einem Anspruchsgegner und einem Anspruchsobjekt seien. Von einem Teil des Schrifttums wird aber die Anerkennung von Unterlassungsansprüchen gegen den Staat abgelehnt, zumindest insoweit, als sie sich gegen Verwaltungsakte richten³⁹⁾.

Die Ablehnung wird übereinstimmend damit begründet, die Gewährung von Unterlassungsansprüchen verstoße gegen die Entscheidungs- und Gestal-

38) Art.1 Abs.III Rdnr.96 i.V. mit Rdnr.94.

39) Ablehnend ohne Unterscheidung von Verwaltungsakten und sonstigen (schlichten) Verwaltungshandlungen: Schäfer, DVBl.60,837, 842; Rupp, Grundfragen, S.164; Gelzer, NJW 59,1905, der allerdings unmittelbar nur die Unterlassungsklage behandelt; Ule, VwGO, Vorbem.III vor § 42, der aber unter besonderen, von ihm nicht näher bezeichneten Voraussetzungen ausnahmsweise einen Unterlassungsanspruch für möglich hält; ähnlich v.Turegg-Kraus, S.364, im Widerspruch zu S.167.

Ablehnend bezüglich Verwaltungsakten: Ringe, DVBl.58,378 ff.; Hoffmann, a.a.O., S.102 ff.; Mörtel, S.157 ff.; Koehler, § 43 Anm.VI 5, der eine Ausnahme bei sog.Exklusivrechten anerkennt.
Zweifelnd Redeker-v.Oertzen, § 42 Anm.100.

tungsfreiheit der Behörden und könne zu ihrer Aktionsunfähigkeit führen. Die Gerichte würden mit der Zuerkennung von Unterlassungsansprüchen in den der Verwaltung vorbehaltenen Bereich eingreifen und damit gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 II GG) verstoßen. An dieser Begründung fällt zunächst auf, daß sie sich mehr an das Gericht als an den Bürger wendet, daß sie sich mit anderen Worten mehr mit den Folgen eines Unterlassungsurteils als mit der materiellen Rechtslage befaßt. In der Tat wurde vor Inkrafttreten der VwGO mit den gleichen Argumenten überwiegend die Zulässigkeit der Unterlassungsklage verneint⁴⁰⁾. Es ist allerdings zuzugeben, daß auch bei der Frage, ob Bestimmungen des Grundgesetzes dahin auszulegen sind, daß sie Unterlassungsansprüche und -pflichten begründen, die Auswirkungen dieser Ansprüche und Pflichten auf die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden nicht außer acht gelassen werden können.

Es liegt nun in der Natur der Sache, daß jede rechtliche Regelung, die dem Staat Pflichten auferlegt, seine Handlungsfreiheit begrenzt. Diese Begrenzung ist - jedenfalls im Prinzip - bei Unterlassungspflichten keine andere als bei Pflichten zu einem positiven Tun. Eher könnte man das Gegenteil behaupten. Die Verpflichtung zur Unterlassung rechtswidriger Eingriffe in die Rechtssphäre des Bürgers kann auch nicht zu einer Funktions- oder Aktionsunfähigkeit der Verwaltung führen, da doch wohl unterstellt werden darf, daß die Verwaltung in der Regel rechtmäßig handelt. Die Unterlassungs-

40) Vgl. die Nachweise bei Ule a.a.O.

pflicht des Staates könnte höchstens im Widerspruch zur Pflicht des Bürgers stehen, rechtswidrige Verwaltungsakte vorläufig zu dulden. Auf diesen Gesichtspunkt stellt Ringe⁴¹⁾ ab und gelangt daher zu einer Unterscheidung zwischen Unterlassungsansprüchen gegenüber Verwaltungsakten und gegenüber sonstigen Verwaltungshandlungen. Er führt aus: Dem Recht des Bürgers auf Freiheit von ungesetzlichem Zwang, das aus dem Bekenntnis des Grundgesetzes zum Primat der Freiheit und aus Art. 20 III GG folge, stünden Rechte des Staates gegenüber. Der Staat habe das große Vorrecht, sich irren zu dürfen. Den rechtswidrigen Verwaltungsakten Verbindlichkeit beizumessen, sei wenig sinnvoll, wenn der Verwaltung nicht auch das Recht zustehe, solche Verwaltungsakte überhaupt zu erlassen. Der Verbindlichkeitsgrundsatz lasse der Behörde einen Spielraum, der nur durch die Anfechtbarkeit eingeengt werde. Das Freiheitsrecht des Bürgers müsse hinter dem Recht des Staates, auch rechtswidrige Verwaltungsakte zu erlassen, zurücktreten, da dieses Recht ein "klar übergeordnetes Gut" sei. Ringe kommt zu diesem Ergebnis auf Grund einer "wertenden Untersuchung" zwischen "Rechtswert" und "Verwaltungswert". Ausschlaggebend ist auch für ihn die Befürchtung, daß die Verwaltung aktionsunfähig werden könne. Hinsichtlich der sonstigen Verwaltungshandlungen meint Ringe, hier könne es beim "Primat der Freiheitsrechte" bleiben. Ein klares Übergewicht der Staatsbelange sei hier nicht zu erkennen. Diesen Handlungen fehle vor allem die den Verwaltungsakten eigentümliche Verbindlichkeit.

41) a.a.O.

Ringe ist folgendes zu erwidern: Abgesehen davon, daß die Gefahr einer Aktionsunfähigkeit der Verwaltung - wie oben ausgeführt - nicht besteht, muß bestritten werden, daß der Staat ein Recht zum Erlaß rechtswidriger Verwaltungsakte haben soll. Ein "Recht", Unrecht zu tun, kann es nicht geben. Der Verbindlichkeitsgrundsatz ist durchaus auch ohne ein solches "Recht" sinnvoll. Er besagt nämlich nur, daß rechtswidrig ergangene Verwaltungsakte vorläufig zu dulden sind. Wenn das "Unglück" geschehen ist, dann soll es nur auf eine bestimmte Weise beseitigt werden können. Eine Parallele gibt es im Gerichtsverfahren. Auch unrichtige Urteile, also Urteile, die unter Verletzung des Rechts gefällt worden sind, müssen hingenommen werden und können nur im Rechtsmittelwege aufgehoben werden. Noch niemand ist auf den Gedanken gekommen, dem Richter ein "Recht" zuzusprechen, unrichtige Urteile erlassen zu dürfen. Hierauf weist schon Kreutziger⁴²⁾ mit Recht hin.

Die Bedenken gegen die Auslegung der Grundrechtsbestimmungen und des Art. 20 III des Grundgesetzes dahin, daß sie die Exekutive verpflichten, rechtswidrige Verwaltungsakte und sonstige rechtswidrige Verwaltungsmaßnahmen zu unterlassen, und daß sie dem Bürger entsprechende Unterlassungsansprüche gewähren, sind daher unbegründet⁴³⁾.

42) Diss. S. 25.

43) Für Unterlassungsansprüche in diesem Umfang treten ein - teilweise unter Heranziehung von Art. 19 IV GG, der aber nur prozessualen Charakter hat -: Maunz-Dürig, a.a.O. u. Art. 19 IV Rdnr. 36; R. Naumann, a.a.O. S. 403 ff.; Brohm, S. 80; Bettermann, DÖV 55, 528, 535; derselbe in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd. III 2, S. 779, 803 f.; Ruckdäschel, a.a.O. S. 682; Klein, JuS 62, 273, 277; Kreutziger, a.a.O.; Fenge, Diss. S. 72; Klinger, § 42 Anm. A 6;

Die Untersuchung kann sich nun der oben⁴⁴⁾ gestellten Frage zuwenden, ob zum Tatbestand der Unterlassungsnormen das Drohen eines Eingriffs gehört. Nur dann können, um es noch einmal zu wiederholen, in diesem Augenblick Rechtsverhältnisse begründet werden.

Im Zivilrecht ist es von jeher streitig, ob die Unterlassungspflichten und -ansprüche gleichzeitig mit dem geschützten Rechtsgut oder erst im Zeitpunkt der geschehenen oder drohenden Verletzung entstehen. Die Meinungsverschiedenheiten hierüber beruhen auf der nicht eindeutigen Fassung der Unterlassungsnormen (§§ 12, 862, 1004 BGB usw.). In der neueren Literatur herrscht die letztere Auffassung vor⁴⁵⁾⁴⁶⁾. In der Recht-

Jesch, Gesetz, S. 136, Fußn. 162; Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 23 ff.; Schunck-De Clerck, § 42 Anm. 4 c; und Menger, VerwArch 49 (1958), 272, 279 f., befassen sich zwar nur mit der Unterlassungsklage, setzen aber wohl einen allgemeinen Unterlassungsanspruch voraus.

44) S. 19.

45) Für die Entstehung der Unterlassungsansprüche und -pflichten im Zeitpunkt der geschehenen oder drohenden Verletzung treten heute z.B. ein: Enneccerus-Nipperdey, S. 1363, 1370; Staudinger-Going, § 198 Rdnr. 7, 12; Enneccerus-Wolff-Raiser, S. 347. Aus der älteren Literatur vgl. v. Tuhr I, S. 242 f.; Kohler, Lehrbuch I, S. 174 f. Für die Entstehung gleichzeitig mit dem geschützten Rechtsgut treten Lehmann, Allg. Teil, S. 86, 117, und Henckel, S. 81 ff., ein. Aus der älteren Literatur vgl. Windscheid-Kipp I, S. 184 f.; Hellwig, Anspruch, S. 25, Lehrbuch I, S. 220 f.; System I, S. 262; Lehmann, Unterlassungspflicht, S. 108 ff.

46) Zu der Lehre, die die Existenz von Unterlassungsansprüchen überhaupt oder zumindest bei Rechtsgütern leugnet - der Unterlassungsklage soll insoweit kein Anspruch zugrunde liegen - (vgl. Siber, S. 99 ff.; Nikisch, S. 149; v. Caemmerer, S. 53 ff.; Larenz, Schuldrecht II, S. 481; Esser, S. 931 f.; Rupp, Grundfragen, S. 164), kann hier nicht näher Stellung genom-

sprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs kommt nicht klar zum Ausdruck, welche Voraussetzungen der Unterlassungsklage und welche dem Unterlassungsanspruch zugerechnet werden⁴⁷⁾.

Im öffentlichen Recht wird die Frage wenig erörtert, wohl deshalb, weil hier im Vordergrund steht, ob es überhaupt Unterlassungsnormen gibt. Bei Bühler⁴⁸⁾ findet sich der Satz: "Unterlassungsrechte, die eine Abwehr bezwecken, kommen nur dann zur Entstehung, wenn eine Abwehr nötig ist, d.h. wenn ein Angriff erfolgt ist oder droht". Für die Gegenmeinung tritt ausdrücklich Brohm⁴⁹⁾ ein.

Es soll hier davon abgesehen werden, die Streitfrage im einzelnen darzulegen, da sie sich mangels irgendwelcher Anhaltspunkte im Gesetz (dies gilt für das öffentliche Recht in noch höherem Grade als für das Zivilrecht) mit rationellen Erwägungen nicht lösen läßt. Letzten Endes beruht sie auf den verschiedenen Auffassungen über den Rechtsnormbegriff. Wer das absolute Recht als Summe der Ansprüche versteht, die gegen Dritte gerichtet sind, wird dazu neigen, die Unterlassungsansprüche von vornherein entstehen zu lassen. Wer im absoluten Recht ein Herrschaftsrecht sieht und den Unterlassungsansprü-

men werden. Sie ist m.E. abzulehnen, vgl. hierzu die überzeugenden Ausführungen von Henckel, S.83, und Enneccerus-Nipperdey, S.432.

47) Vgl. RGZ 101,335,340; BGHZ 2,394,395 f., wo von "Gewähren" der Klage und "Genügen" für die Klage gesprochen wird. In RGZ 101,135, 138 ist das Drohen des Eingriffs beim Rechtsschutzinteresse geprüft worden.

48) S.65.

49) S.78,80.

chen nur eine sekundäre Bedeutung beimißt, wird eher das Gegenteil annehmen.

Die praktische Bedeutung der Streitfrage ist zudem äußerst gering. Schon im Jahre 1900 findet sich bei Leonhard⁵⁰⁾ die Bemerkung, der Streit sei nicht wert, darauf auch nur ein Wort zu verschwenden. Hält man das Drohen eines Eingriffs nicht für ein Tatbestandsmerkmal der Unterlassungsnormen, so schließt das Fehlen der Eingriffsdrohung entweder die Klagbarkeit⁵¹⁾ oder das Rechtsschutzbedürfnis aus. Der von Brohm und Hoffmann verwendete Begriff der Feststellungsfähigkeit⁵²⁾ dürfte der Klagbarkeit einzuordnen sein. Rechnet man dagegen das Drohen eines Eingriffs zum Tatbestand der Unterlassungsnormen, so entscheidet letztlich doch das Einzelfallinteresse, von welchem Zeitpunkt ab das Bestehen eines Rechtsverhältnisses angenommen wird, da sich in das einzelne gehende Richtlinien über die Anforderungen an die Eingriffsdrohung nicht geben lassen. Kreutziger⁵³⁾ hat daher - von seinem Standpunkt aus - durchaus Recht, wenn er sagt, im Grunde bestimme das Feststellungsinteresse, wann sich aus dem Rechtszustand ein Rechtsverhältnis konkretisiere.

Die Streitfrage über den Tatbestand der Unterlassungsnormen und über den Entstehungszeit-

50) S.200.

51) Über das Wesen der Klagbarkeit besteht im Schrifttum keine Übereinstimmung. Vgl.hierzu Baumgärtel, ZZP 75,385,394. M.E. ist sie mit Baumgärtel als Prozeßvoraussetzung anzusehen und stellt eine dem materiellen Anspruch beigefügte Rechtsschutzgarantie dar.

52) Vgl. S. 16 dieser Arbeit.

53) Diss. S.86.

punkt der Unterlassungsrechtsverhältnisse mag daher hier auf sich beruhen. Zwar läßt sich nunmehr nicht abschließend entscheiden, ob die Auffassung zutreffend ist, daß Rechtsverhältnisse im Augenblick der Eingriffsdrohung begründet werden. Die Eingriffsdrohung behält jedoch in jedem Fall ihre Bedeutung für den Feststellungsprozeß. Ist sie nicht für die Entstehung des Unterlassungsrechtsverhältnisses maßgeblich, so ist sie es zumindest - wie eben erwähnt - für die Klagbarkeit oder das Feststellungsinteresse.

In welchem Verhältnis stehen nun die Rechtsverhältnisse, die mit der Erfüllung der gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen gegeben sind, zu den Unterlassungsrechtsverhältnissen? Der Bürger, der in erster Linie als Feststellungskläger in Betracht kommt, wird durch das Bestehen der zuerst genannten Rechtsverhältnisse belastet, durch das Bestehen der Unterlassungsrechtsverhältnisse begünstigt. Er wird daher bezüglich der ersteren die negative, bezüglich der letzteren die positive Feststellungsklage erheben. Mit beiden Klagen erreicht er, wenn sie Erfolg haben, dasselbe Ziel, nämlich die Abwehr rechtswidriger Eingriffe. Im Streit befindlich sind somit - gleichgültig, ob die negative oder die positive Feststellungsklage erhoben ist - letztlich beide Rechtsverhältnisse, sowohl das Duldungsrechtsverhältnis als auch das Unterlassungsrechtsverhältnis. Der Bürger behauptet, wenn er das Nichtbestehen des Duldungsrechtsverhältnisses geltend macht, gleichzeitig das Bestehen des Unterlassungsrechtsverhältnisses und umgekehrt. Der beklagte Staat bzw. die beklagte sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts behauptet jeweils das Bestehen

des Duldungsrechtsverhältnisses und das Nichtbestehen des Unterlassungsrechtsverhältnisses.

Das Verhältnis der beiden Rechtsverhältnisse zueinander ist daher dies, daß sie sich im Einzelfall gegenseitig ausschließen. Entweder ist der Bürger zur Duldung oder der Staat bzw. die sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts zur Unterlassung des Eingriffs verpflichtet.

4. Zukünftige, bedingte und betagte Rechtsverhältnisse

Rechtsverhältnisse, die noch nicht entstanden sind, sondern erst in Zukunft entstehen werden, können nicht Gegenstand der Feststellungsklage sein⁵⁴⁾.

Von den zukünftigen Rechtsverhältnissen zu unterscheiden sind jedoch die bedingten und betagten Rechtsverhältnisse. Bei diesen besteht vor Eintritt der Bedingung oder des Termins auf der Seite des Berechtigten eine Anwartschaft und auf der Seite des Verpflichteten eine Gebundenheit. Anwartschaft und Gebundenheit sind als Vorstufen des Vollrechts und der Vollpflicht Positionen, die in mannigfacher Beziehung wie diese behandelt werden und nach moderner Auffassung selbst als Recht und Pflicht anzusehen

54) Vgl. hierzu Ule, VwGO, § 43 I 2 a; Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr.5; Koehler, § 43 Anm.VI 4; Klinger, § 43 Anm.C I 1 f.; Redeker-v. Oertzen, § 43 Anm.6; Schunck-De Clerck, § 43 Anm.2; Rosenberg, § 86 II 1 c; Baumbach-Lauterbach, § 256 Anm.2 D, sowie S.12 dieser Arbeit.

sind⁵⁵⁾. Bedingte und betagte Rechtsverhältnisse können daher Gegenstand der Feststellungsklage sein⁵⁶⁾.

Es muß aber darauf hingewiesen werden, daß Bedingungen und Zeitbestimmungen Parteierklärungen sind. Sie werden daher im Bereich des öffentlichen Rechts regelmäßig nur im Zusammenhang mit öffentlichrechtlichen Verträgen Bedeutung haben. Die Tatbestandsmerkmale der Rechtsnorm sind keine Bedingungen, höchstens sog. Rechtsbedingungen. Es ist nicht möglich, für die Feststellungsklage bestimmte Tatbestandsmerkmale der Bedingung gleichzustellen. Alle Tatbestandsmerkmale einer Rechtsnorm sind grundsätzlich gleichwertig. Eine Auswahl läßt sich nicht treffen. Man könnte sich allenfalls damit begnügen, nur die Erfüllung eines einzigen Tatbestandsmerkmals zu verlangen. Dies würde aber auf einem Umweg zur Feststellungsfähigkeit praktisch aller zukünftigen Rechtsverhältnisse führen.

So kann z.B. nicht auf Feststellung des Anspruchs auf Krankenhilfe nach § 37 BSHG geklagt werden, bevor nicht die Krankheit eingetreten ist, selbst wenn die übrigen Anspruchsvoraussetzungen (§§ 2, 28 BSHG) gegeben sind.

55) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, S.1199 f. Für das öffentliche Recht kann nichts anderes gelten, da es sich hier um eine Institution der allgemeinen Rechtslehre handelt.

56) Allgemeine Meinung. Vgl. Schunck-De Clerck, a.a.O.; Klinger, a.a.O.; Redeker-v.Oertzen, a.a.O.; Rosenberg a.a.O.; Baumbach-Lauterbach, a.a.O.; Stein-Jonas, § 256 Anm.II 4; Wieczorek, § 256 Anm.B I b 5; RGZ 170, 358,374; BGHZ 4,133,135; BGH ZZP 67,291, 292 f.

Die Verpflichtung zum Ersatz des durch eine beamtenrechtliche Fürsorgepflichtverletzung entstehenden künftigen Schadens kann dagegen festgestellt werden. Das Vorliegen eines bestimmten Schadens ist zwar Tatbestandsmerkmal der einzelnen Ersatzansprüche. Das Grundverhältnis (zusammengesetzte Rechtsverhältnis) zwischen der Körperschaft und dem Beamten entsteht jedoch bereits durch die Fürsorgepflichtverletzung als solche⁵⁷⁾.

5. Vergangene Rechtsverhältnisse

Das Bestehen eines Rechtsverhältnisses setzt nicht nur seine Entstehung, sondern auch seine Fortdauer voraus. Rechtsverhältnisse, die erloschen sind, "bestehen" nicht mehr und können daher nicht Gegenstand der Feststellungsklage sein. In Literatur und Rechtsprechung wird demgegenüber überwiegend angenommen, ein vergangenes Rechtsverhältnis sei feststellbar, wenn es über seine Beendigung hinaus anhaltende Wirkungen äußere, wenn aus ihm Rechtsfolgen für die Gegenwart und Zukunft abgeleitet würden, wenn es die Grundlage für einen gegenwärtigen Anspruch bilde⁵⁸⁾.

57) Vgl. zum Parallellfall des durch eine unerlaubte Handlung entstehenden künftigen Schadens RGZ 86,374 ff., zur beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht BVerwG 13,17 ff. und BGH DVBl.65,441, 443.

58) Für die Feststellbarkeit vergangener Rechtsverhältnisse unter diesen inhaltlich gleichen Voraussetzungen treten ein: Ule, VwGO, § 43 Anm.I 3 c; Klinger a.a.O.; Redeker-v.Oertzen a.a.O.; Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr.6; Koehler a.a.O.; Schunck-De Clerck a.a.O.; Peters-Sautter-Wolff, § 55 Anm.2 a; Bergmann, VerwArch 49 (1958),333,346 ff.; Diss. S.101ff.; R.Naumann, DVBl.51,140 f.; A.Naumann, Diss. S.36;Schlochauer, AöR 79,185,203; Fenge, Diss.

Eine Begründung wird in der Regel nicht gegeben. Im Zivilprozeß findet sich lediglich in der ersten einschlägigen Entscheidung des Reichsgerichts⁵⁹⁾ eine Begründung. Es heißt dort, ein Rechtsverhältnis werde nach seiner Beendigung nicht zu einem anderen juristischen Begriff, insbesondere nicht zu einer Tatsache; die Worte "Bestehen oder Nichtbestehen" seien sprachlich auch auf ein Bestehen oder Nichtbestehen in der Vergangenheit zu beziehen; ein Rechtsschutzinteresse sei zwar nicht gegeben, wenn keinerlei Ansprüche mehr aus dem Rechtsverhältnis abgeleitet werden könnten; wollte man aber eine Klage auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses auch dann ausschließen, wenn auf dieses Ansprüche gestützt würden, so würde das mit § 256 ZPO verfolgte Ziel, eine Erweiterung und Erleichterung des Rechtsschutzes herbeizuführen, nur unvollkommen erreicht werden.

Im Verwaltungsprozeß werden die gleichen Argumente verwandt. Bergmann meint, eine Rechtsbeziehung verliere den Charakter eines Rechtsverhältnisses nicht dadurch, daß sie ihren Abschluß gefunden habe⁶⁰⁾. Bergmann ist weiter der Auffassung, die Worte "Bestehen oder Nichtbestehen" ließen sich ihrem eigentlichen Sinne nach ohne weiteres auch auf die Frage des Bestehens oder

S.93 ff.; Hauelsen, NJW 52,913,914 f.; BVerwGE 2,229 f.; WiBaVGh VerwRspr.10,228,230; OVG Lüneburg DVBl.54,120 f.; OVG Münster ZBR 56,84, 86 f.; DÖV 59,711; LVG Rhl.-Pf.VerwRspr.6,359, 361; BSGE 8,179,181; im Zivilprozeß: Rosenberg a.a.O.; Stein-Jonas a.a.O.; Baumbach-Lauterbach a.a.O.; RG Gruch.Beitr.30,1109 ff.; RGZ 27, 204 f.; 80,189,191; 107,303,305; BGHZ 27,190, 196.

59) Gruch.Beitr. a.a.O.

60) Diss. S.102, VerwArch a.a.O.; ähnlich Eyermann-Fröhler a.a.O.

Nichtbestehen eines vergangenen Rechtsverhältnisses beziehen. "Bestehende" und "vergangene" Rechtsverhältnisse seien keineswegs notwendigerweise Gegensätze, diese Begriffe lägen auf völlig verschiedenen Ebenen. Der Gegensatz zu einem vergangenen Rechtsverhältnis sei ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis⁶¹⁾. Auf eine ausfüllungsbedürftige Lücke im Rechtsschutz berufen sich Haueisen⁶²⁾, Bergmann⁶³⁾ und das Bundesverwaltungsgericht⁶⁴⁾.

Außerdem wird im Verwaltungsprozeß noch folgendes angeführt:

§ 79 I 2 südd.VGGe bzw. § 75 I 2 VO 165 (jetzt § 113 I 4 VwGO) setze voraus, daß vergangene Rechtsverhältnisse Gegenstand der Feststellungsklage sein könnten⁶⁵⁾.

Es müsse ernstlich bezweifelt werden, ob sich in der Praxis überhaupt eine saubere Scheidung zwischen gegenwärtigen und vergangenen Rechtsverhältnissen vornehmen lasse⁶⁶⁾.

Bei gegenwärtigen Rechtsverhältnissen seien kaum Fälle denkbar, in denen ein berechtigtes Interesse an baldiger Feststellung nicht ohne weiteres gegeben sei. Diese Voraussetzung könne nur bei vergangenen Rechtsverhältnissen eine entscheidende Bedeutung erlangen⁶⁷⁾.

Schließe man die Feststellungsklage über vergangene Rechtsverhältnisse aus, so sei auch die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, das erst

61) Diss. S.102, vgl. auch VerwArch a.a.O.; ähnlich OVG Münster ZBR 56,84,86 f.

62) a.a.O.

63) Diss. S.103,133.

64) E 2,229 f.

65) Haueisen a.a.O.; R.Naumann a.a.O.; BVerwG a.a.O.

66) Bergmann, Diss. S.103.

67) OVG Münster ZBR 56,84,86f.

im Laufe des Rechtsstreits ende, unmöglich. Oft habe es so der Beklagte in der Hand, durch Einlegung von Rechtsmitteln eine Sachentscheidung zu verhindern⁶⁸⁾.

Alle Argumente vermögen nicht zu überzeugen.

Ob ein Rechtsverhältnis nach seiner Beendigung den Charakter eines Rechtsverhältnisses schlechthin verliert, ist nicht entscheidend, da mit der Feststellungsklage nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses schlechthin, sondern die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden kann. Daß die Worte "Bestehen oder Nichtbestehen" sprachlich auch auf ein Bestehen oder Nichtbestehen in der Vergangenheit bezogen werden können, muß bestritten werden⁶⁹⁾. Die Begriffe "bestehend" und "gegenwärtig" sind synonym.

Eine Lücke im Rechtsschutz, die es erfordern würde, vergangene Rechtsverhältnisse der Feststellungsklage zugänglich zu machen, besteht nicht. Die Fälle, in denen die h.M. vergangene Rechtsverhältnisse für feststellbar hält, betreffen in Wahrheit gegenwärtige Rechtsverhältnisse. Äußert ein Rechtsverhältnis noch Wirkungen, dann ist es entweder noch nicht erloschen oder es ist ein neues Rechtsverhältnis entstanden, zu dessen Tatbestandsmerkmalen das Bestehenhaben des alten Rechtsverhältnisses gehört. So tritt z.B. an die Stelle des enteigneten Eigentums der Entschädigungsanspruch. Dem Rechtsschutz des Klägers ist vollauf genüge getan, wenn er eine Feststellung des neu entstandenen

68) OVG Münster, ZBR 56, 84, 86 f.

69) Ebenso Hellwig, Anspruch, S. 401 Fußnote 6; Kreutziger, Diss. S. 70.

Rechtsverhältnisses erhält⁷⁰⁾.

Aus § 113 I 4 VwGO kann für die hier interessierende Frage nichts hergeleitet werden. Diese Bestimmung bezieht sich nicht auf Rechtsverhältnisse, sondern auf Verwaltungsakte. Die Frage, ob die Rechtswidrigkeit erledigter Verwaltungsakte festgestellt werden kann, ist von der Frage, ob vergangene Rechtsverhältnisse Gegenstand der Feststellungsklage sein können, grundverschieden. Dies wird auch von Bergmann eingeräumt⁷¹⁾.

Die Unterscheidung von bestehenden und vergangenen Rechtsverhältnisses stellt an die Praxis keine höheren Anforderungen als die Unterscheidung, die die h.M. zwischen "vergangenen" Rechtsverhältnissen mit und ohne Nachwirkungen vornimmt, da die Feststellungsklage im Ergebnis nach der hier vertretenen Auffassung in den gleichen Fällen zulässig ist wie nach der h.M..

Auch die beiden zuletzt zitierten Argumente setzen voraus, daß die h.M. einen größeren Rechtsschutz als die hier vertretene Auffassung gewährt. Im übrigen fehlt jede Begründung dafür, daß bei gegenwärtigen Rechtsschutzverhältnissen praktisch immer ein Feststellungsinteresse gegeben sei.

70) Ebenso: Förster-Kann, § 256 Anm. 2 c; Schöнке-Schröder-Niese, S. 202; Hellwig, Lehrbuch I, S. 382; Anspruch, S. 401 f.; Hasselbach, Diss. S. 34 ff.; Lorenz, Diss. S. 75 f.

71) Diss. S. 134; VerwArch a.a.O.; vgl. hierzu auch Hasselbach a.a.O. und S. 89 f. dieser Arbeit.

6. Tatsachen, Rechtsfragen, Eigenschaften

Im Gegensatz zu Rechtsverhältnissen stehen Tatsachen und Rechtsfragen.

Tatsachen müssen gegeben sein, wenn ein bestimmtes Rechtsverhältnis entstehen und fort dauern soll. Tatsachenfeststellung ist daher wie bei allen anderen Klagen auch bei der Feststellungsklage die erste richterliche Aufgabe. Steht ein Sachverhalt zur Überzeugung des Richters fest, so leitet er aus ihm im Wege der Subsumtion unter eine oder mehrere Rechtsnormen das Rechtsverhältnis ab. Die Feststellung von Tatsachen ist also nur eine Vorarbeit, nicht Selbstzweck. Der Unterschied von Tatsache und Rechtsverhältnis liegt darin, daß die Tatsache der sinnlich wahrnehmbaren Außenwelt, das Rechtsverhältnis der Geisteswelt angehört.

Die Rechtsfrage ist gleichbedeutend mit der Erscheinung, die in der Rechtswissenschaft "Problem" genannt wird. Sie bezieht sich auf die Gültigkeit, die Auslegung, die analoge Anwendung, die Restriktion der Rechtsnorm. In beinahe allen Prozessen sind Rechtsfragen zu prüfen und zu beantworten. Die "Feststellung" der Rechtsnorm, die Rechtsfindung, steht der Tatsachenfeststellung gegenüber, sie ist wie diese eine Vorarbeit für den Subsumtionsschluß. Der Unterschied zwischen Rechtsfrage und Rechtsverhältnis besteht darin, daß das Rechtsverhältnis Verwirklichung der Rechtsnorm im Einzelfall bedeutet, während die Rechtsfrage der Klärung des Normbestandes als solchen dient.

Nicht in vollem Gegensatz zu Rechtsverhältnissen stehen Eigenschaften, d.h. tatsächliche oder rechtliche Merkmale einer Person oder eines

Gegenstandes. Rechtliche Merkmale können zugleich Rechtsverhältnisse sein, genauer bestimmte Erscheinungen können sowohl rechtliche Merkmale als auch Rechtsverhältnisse sein, je nachdem von welchem Standpunkt aus sie gesehen werden. So ist z.B. die Mitgliedschaft bei einem Verein eine persönliche Eigenschaft und zugleich ein Rechtsverhältnis zwischen Mitglied und Verein, ebenso ist die Vaterschaft eine Eigenschaft und ein Rechtsverhältnis zwischen Vater und Kind. Diese Beispiele aus dem Zivilrecht sind gewählt worden, weil sie unbestritten und besonders instruktiv sind. Der Vereinsmitgliedschaft entspricht im öffentlichen Recht die Zugehörigkeit zu einer Körperschaft (Staat, Gemeinde, Gemeindeverband, Körperschaft i.e.S.). Zu Unrecht wird diesen Zugehörigkeiten von einem Teil der Lehre⁷²⁾ der Charakter eines Rechtsverhältnisses abgesprochen. Die Zugehörigkeit zu einer Körperschaft verleiht nicht nur die Möglichkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Bereits mit dem Beginn der Zugehörigkeit entsteht zumindest eine Pflicht zwischen dem einzelnen und der Körperschaft, nämlich die gegenseitige Treuepflicht, so daß ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen gegeben ist⁷³⁾.

72) Vgl. Bergmann, Diss. S.92 ff.; Haueisen, NJW 52,913 f.

73) Im Ergebnis ebenso: Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr.3; Ule VwGO, § 43 Anm.I 2 a; Kormann, S.105 (Staats- und Gemeindeangehörigkeit); Fenge, Diss. S.74; A.Naumann, Diss..S.232 ff.; Lorenz, Diss. S.85; Kreutziger, Diss. S.76; Bachof, Vornahmeklage, S.80; Jellinek, DRZ 1948, S.269, 272; 470,471 f.; OVG Hamburg VerwRspr. 1,222,225 f.(Mitgliedschaft bei einer Wassergenossenschaft);VGH Freiburg VerwRspr.11,171 f.(bei einer Waldgenossenschaft);vgl.auch BVerwGE 7,30,31.Zum früheren Recht vgl.Art.8 Ziff.23 und Art.10 Ziff. 12,17 des alten Bayr.VGG,sowie § 23 II südd.VGGe.

Nicht nur um eine Eigenschaft handelt es sich auch bei der Frage nach der Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit eines Weges. Durch die Widmung entsteht ein Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer bzw. Besitzer und dem Staat bzw. der sonstigen Körperschaft, das in der Pflicht des Eigentümers (Besitzers), das Grundstück für den bestimmungsmäßigen öffentlichen Verkehr zur Verfügung zu stellen und etwaige Zwangsmaßnahmen zu dulden, zum Ausdruck kommt. Ein weiteres Rechtsverhältnis besteht zwischen dem Anlieger und der widmenden Körperschaft, da die Anlieger ein Recht auf Erhaltung des Zugangs von und zum öffentlichen Weg haben⁷⁴⁾. Korrekt wäre es hier allerdings, nicht die Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit des Weges, sondern die jeweils aus ihr fließende Beziehung zwischen den erwähnten Rechtssubjekten festzustellen.

Dies gilt in noch stärkerem Maße für die Grundstückseigenschaft "Wald" i.S. der Waldschutzbestimmungen. Das OVG Münster⁷⁵⁾ hat die Klage eines Grundstückseigentümers auf Feststellung, daß sein Grundstück nicht "Wald" i.S. des nordrhein-westfälischen Waldschutzgesetzes sei, zugelassen unter Hinweis auf die sich unmittelbar aus dieser Eigenschaft für den Eigentümer ergebenden öffentlichrechtlichen Pflichten, wozu insbesondere die Wiederaufforstungsverpflichtung zählt. Das OVG Münster räumt selbst ein, daß diese Klage ihrem Wortlaut nach nicht auf die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist. Der Klageantrag hätte hier

74) Vgl. OVG Münster AS 9,32,33 ff., DÖV 59,876 f., AS 15,294,295 f., zustimmend Ule, VwGO, § 43 Anm. I 2 a.

75) AS 15,306,307 ff.

dahin formuliert werden müssen, es möge festgestellt werden, daß dem Kläger der beklagten Körperschaft gegenüber bezüglich des fraglichen Grundstücks nicht die Pflichten des Eigentümers eines Waldgrundstücks i.S. des nordrhein-westfälischen Waldschutzgesetzes obliegen.

Die gleichen Bedenken bestehen auch gegen eine Klage auf Feststellung, daß bestimmte Waren nicht als Lebensmittel i.S. des Lebensmittelgesetzes anzusehen seien⁷⁶⁾. Nicht die Eigenschaft einer Ware, Lebensmittel zu sein, ist ein Rechtsverhältnis, sondern die sich aus dieser Eigenschaft ergebende Beziehung zwischen Hersteller (Händler etc.) und Staat, für die insbesondere die Pflichten nach § 6 des Lebensmittelgesetzes charakteristisch sind.

Schließlich betrifft auch eine Klage auf Feststellung, daß ein Unfall eines Beamten ein Dienstunfall sei, nicht unmittelbar ein Rechtsverhältnis⁷⁷⁾. Die Qualifikation eines Unfalls als Dienstunfall ist vielmehr nur Voraussetzung für die Entstehung eines Rechtsverhältnisses, nämlich der besonderen Rechtsstellung des durch einen Dienstunfall versehrten Beamten. Auf die Feststellung des Bestehens dieser Rechtsstellung muß die Klage gerichtet werden.

II. Die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes

Gemäß § 43 I VwGO kann nicht nur die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts.

76) Eine solche Klage hat das OVG Hamburg zugelassen, vgl. DVBl. 63, 304 f.

77) Klagen mit diesem Antrag haben das OVG Münster, AS 7, 77, 81 f., und das BVerwG, E 2, 288, 290 zugelassen.

verhältnisses begehrt werden, sondern auch die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes (Fall 2). Diese Regelung hat in den früheren Verfahrensordnungen lediglich in § 22 III VGG Berlin ein Vorbild, wenn man die nicht eindeutige Bestimmung des § 23 I 2 VO 165 unberücksichtigt läßt. Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung nahm jedoch schon vor Inkrafttreten der VwGO an, daß die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes mit der Feststellungsklage geltend gemacht werden könne⁷⁸⁾.

Zulässig ist nach § 43 I (Fall 2) VwGO nur die Feststellung der Nichtigkeit, nicht aber der Wirksamkeit, der Rechtmäßigkeit oder der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts, auch nicht die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Verwaltungsakts oder die Feststellung, daß er einen bestimmten Inhalt hat oder nicht hat⁷⁹⁾.

Zu prüfen ist allerdings, ob in diesen Fällen nicht Rechtsverhältnisse bestehen, so daß Klagen nach § 43 I (Fall 1) VwGO zulässig sein könnten. Ein Verwaltungsakt ist ebensowenig ein Rechtsverhältnis wie sein Inhalt, seine Wirksamkeit, Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit, er kann aber ein Rechtsverhältnis begründen, verändern oder beenden. Die Feststellung der Wirksamkeit eines Verwaltungsakts kann daher mittelbar erzielt werden durch eine Klage auf Fest-

78) Vgl. insoweit die ausführlichen Darlegungen von Bergmann, Diss. S. 247 ff.

79) Ebenso Ule, VwGO, § 43 Anm. I 2 c; Klinger, § 43 Anm. C I 2; Redeker-v. Oertzen, § 43, 13; a. A. Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr. 8, der eine Klage auf Feststellung der Wirksamkeit (Nicht-Nichtigkeit) und des Inhalts eines Verwaltungsakts zuläßt; Renck, NJW 65, 1791 ff., der Klagen auf Feststellung der Wirksamkeit und der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts für zulässig hält.

stellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses, das durch den Verwaltungsakt begründet wird bzw. des Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses, das durch den Verwaltungsakt beendet wird.

Der Verwaltungsakt ist auch Folge eines Rechtsverhältnisses, nämlich des oben⁸⁰⁾ erörterten Duldungsrechtsverhältnisses, das entsteht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zum Erlaß des Verwaltungsaktes vorliegen, positiv vom Standpunkt des Staates ausgedrückt Folge der Berechtigung zum Erlaß des Verwaltungsaktes. Die Feststellung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit läßt sich daher mittelbar erreichen durch die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Duldungsrechtsverhältnisses (der Erlaßberechtigung), weiter aber auch durch Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Anspruchs auf Beseitigung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes⁸¹⁾. Inwieweit diese Klagen im Hinblick auf § 43 II VwGO zulässig sind, kann hier noch nicht geprüft werden. Die Zulässigkeit etwaiger Klagen nach § 43 I (Fall 1) VwGO ändert aber nichts daran, daß die Wirksamkeit, Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes selbst nicht Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 43 VwGO sein können, auch nicht als sog. Kürzel, als Abkürzung, für die Feststellung eines Rechtsverhältnisses⁸²⁾. Die Konstruk-

80) S.18 f., 28 f.

81) Von dem in dieser Arbeit vertretenen Standpunkt über die Existenz allgemeiner Unterlassungsansprüche aus (vgl.oben S.19 ff.) ergibt sich die Bejahung des Beseitigungsanspruchs als logische Folgerung. Für den Beseitigungsanspruch auch Lücke, AöR 84,185 f.; Rupp, AöR 85,149,151 u.312; Grundfragen, S.254 ff.; BVerwGE 7,54,56.

82) So Renck, a.a.O.

tion der Klagen unterliegt der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers⁸³⁾. Über sie darf sich die Auslegungspraxis nicht hinwegsetzen.

Im Zusammenhang mit der Nichtigkeitsfeststellungsklage soll noch auf folgenden Punkt eingegangen werden:

Für Streitigkeiten zwischen den Organen von nichtstaatlichen Körperschaften oder zwischen einem solchen Organ und einem oder mehreren seiner Mitglieder ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Es handelt sich hierbei nicht um Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art i.S. von § 40 VwGO, da unter Verfassungsrecht in dieser Bestimmung nur das Verfassungsrecht des Bundes und der Länder zu verstehen ist⁸⁴⁾. Fraglich ist jedoch, welche Klageart für diese Streitigkeiten zur Verfügung steht.

In der Rechtsprechung wird überwiegend eine Anfechtungsklage gegen Organbeschlüsse, insbesondere Organwahlen, für unzulässig gehalten, da die Willensbildungsakte der Organe nicht als Verwaltungsakte anzusehen seien. Dieser Auffassung sind insbesondere die OVG Münster und Lüneburg⁸⁵⁾. Das OVG Münster hielt zunächst eine

83) Vgl. hierzu Lücke, JZ 60, 203, 205, Fußnote 24.

84) Einhellige Meinung. Vgl. Ule, VwGO, § 40 Anm. III; Eyermann-Fröhler, § 40 Rdnr. 63 (aus dem Zusammenhang zu entnehmen); Klinger, § 40 Anm. B I 2; Koehler, § 40 Anm. IX; Redeker-v. Oertzen, § 43 Anm. 8; Schunck-De Clerck, § 40 Anm. 2a) aa); Henrichs, DVBl. 59, 548, 549; BVerwGE 3, 30, 33; zweifelnd lediglich Zuck DÖV 61, 496, 497.

85) OVG Münster AS 1, 27, 29 f.; 1, 86, 95; 12, 213, 215 ff.; 13, 82, 83 ff.; 13, 350, 351; 17, 261 ff.; 18, 104 ff.; OVG Lüneburg AS 2, 225, 227 ff.; 3, 223 f.; 4, 240; 12, 414 f.; DÖV 61, 548 ff.; ebenso: WiBaVGHS ESVG 4, 169, 171; Hess. VGH ESVG 1, 21 ff.; VGH Bebenhausen (Württ.-Hohenz.) DÖV 53, 282.

Feststellungsklage für zulässig⁸⁶⁾, ohne nähere Ausführungen über das streitige Rechtsverhältnis zu machen. In der Entscheidung AS 12, 213 ff.⁸⁷⁾ wurde offengelassen, ob ein Gestaltungs- oder ein Feststellungsurteil zu ergehen habe. In der Entscheidung AS 17,261,264 f. heißt es, das Kommunalverfassungsstreitverfahren sei ein Verfahren besonderer Art, es liege weder eine Anfechtungs-, noch eine Feststellungsklage vor, da es in der Regel an einem festzustellenden Rechtsverhältnis fehle. Das Verfahren ähnele jedoch im allgemeinen der Feststellungsklage, der Tenor ergehe regelmäßig in der Form einer Feststellung, ein Vorverfahren sei nicht erforderlich⁸⁸⁾. Das OVG Lüneburg nahm in AS 2,225,232 eine der Anfechtungsklage entsprechende Klage im Rahmen der "anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" i.S. des § 22 VO 165 an und hob den angegriffenen Organbeschluß auf. Hiervon ist das OVG Lüneburg auch in den späteren Entscheidungen nicht abgewichen⁸⁹⁾.

Der BayVGh sieht demgegenüber - in bewußter Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der OVG Münster und Lüneburg - in den Organbeschlüssen, auch in den Organwahlen, Verwaltungsakte und bejaht infolgedessen die Zulässigkeit der Anfechtungsklage⁹⁰⁾. Das BVerwG hat diese Auffassung für Bayern unter Hinweis auf Art.4 Ziff.22 der bayr.AusfVO zum VGG gebilligt⁹¹⁾. Diese Bestim-

86) AS 1,27,31; 1,86,96; DÖV 54,439.

87) Vgl. insbesondere S.216 f., 220.

88) Vgl. auch die Entscheidung AS 18,104 ff.

89) Lediglich die Entscheidung AS 4,240,247 enthält einen feststellenden Tenor.

90) Vgl. AS 8,97,98; 13,85,87 ff.; VerwRspr.13, 963,970; AS 15,82,85 f.

91) DVBl. 61,165.

mung ist allerdings in der Zwischenzeit durch Art.21 des bayr.AG zur VwGO aufgehoben worden⁹²⁾.

Ob die Organbeschlüsse, insbesondere die Organwahlen, als Verwaltungsakte qualifiziert werden können⁹³⁾, mag dahingestellt bleiben. Zuzustimmen ist jedenfalls dem OVG Münster, daß es an einem festzustellenden Rechtsverhältnis regelmäßig fehlt, und zwar schon deshalb, weil Rechtsverhältnisse nur zwischen selbständigen Rechtspersonlichkeiten bestehen können, was die Organe nicht sind. Lehnt man es ab, die Organbeschlüsse als Verwaltungsakte anzusehen, so bleiben die Möglichkeiten, eine besondere Gestaltungsklage (wie das OVG Lüneburg) anzunehmen oder die Nichtigkeitsfeststellungsklage in analoger Anwendung des § 43 VwGO zuzulassen. Auf diese zweite Möglichkeit läuft im Grunde die Auffassung des OVG Münster hinaus. M.E. ist die zweite Möglichkeit vorzuziehen, da für Gestaltungsklagen das Enumerationsprinzip gilt. Der Umfang des Rechtsschutzes würde dann allerdings davon abhängen, ob jeder Mangel zur Nichtigkeit führt oder nur ein schwerer Mangel wie bei Verwaltungsakten. Auf diese materiellrechtliche Frage kann hier nicht eingegangen werden⁹⁴⁾⁹⁵⁾.

92) Nach Art.4 Ziff.22 war die Anfechtungsklage in folgenden Angelegenheiten zulässig:Wahlrecht und Wählbarkeit zu Ämtern der Gemeinden, Gemeindeverbände, Zweckverbände, Landkreise und Bezirke;Gültigkeit der Wahlen;...

93) Dagegen auch R.Naumann, Jubiläumsschr.S.365, 383 ff.; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm.9.

94) Ule, Studienbuch, S.96, hält sowohl eine besondere Gestaltungsklage als auch eine Nichtigkeitsfeststellungsklage für zulässig, je nachdem, wie schwer der dem Beschluß anhaftende Fehler ist. Redeker-v.Oertzen a.a.O. lassen eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Beschlusses zu.

95) Eine Sonderregelung besteht in Rheinland-

III. Die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde

Gem. § 256 ZPO kann im Zivilprozeß auch die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde begehrt werden⁹⁶⁾.

§ 43 VwGO enthält keine derartige Bestimmung. Die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde könnte jedoch auf Grund der Generalklausel des § 173 VwGO in den Verwal-

Pfalz und im Saarland, wo die Gemeindevertreter eine Entscheidung der Aufsichtsbehörde über die Gültigkeit der Wahlen (im Saarland der Wahlen des Bürgermeisters und der Beigeordneten) einholen können. Gegen die Entscheidung der Aufsichtsbehörde ist die Klage im Verwaltungsstreitverfahren zulässig, § 40 GemO Rh.Pf., §§ 53, 64 GemO Saarland i.V.m. §§ 48, 50 GWahlG Saarland. Diese Klage ist Anfechtungsklage, da die Entscheidung der Aufsichtsbehörde zweifellos ein Verwaltungsakt ist, vgl. hierzu OVG Koblenz AS 6, 172 f. Die landesgesetzliche Sonderregelung ist allerdings nur dann von § 77 VwGO unberührt geblieben, wenn man die Wahlen mit der h.M. nicht als Verwaltungsakte ansieht. Daß § 77 VwGO nur für Verwaltungsakte gilt, ergibt sich aus seiner Stellung im 8. Abschnitt der VwGO, vgl. hierzu BayVGH VerwRspr. 13, 963, 968 f.; Stiefel, DÖV 60, 19.

In Hessen bestimmt § 55 V GemO (neugefaßt am 1.7.60), daß die Gemeindevertreter gegen die Gültigkeit von Wahlen durch die Gemeindevertretung Widerspruch erheben können, über den wiederum die Gemeindevertretung entscheidet, und daß für das weitere Verfahren die Vorschriften der VwGO mit der Maßgabe gelten, daß die Klage gegen die Gemeindevertretung zu richten ist. Eine im wesentlichen gleiche Regelung enthält § 34 IV der Verfassung f.d. Stadt Bremerhaven. Welche Klageart zulässig ist, bleibt offen. Auch diese Bestimmungen sind mit § 77 VwGO nur vereinbar, wenn die Wahlen durch die Gemeindevertretung keine Verwaltungsakte sind.

96) Der Wortlaut des § 256 ZPO "Anerkennung einer Urkunde" entspricht noch der alten Anerkennungslehre.

tungsprozeß Eingang finden. Die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten stehen der Zulässigkeit dieser Klage nicht entgegen. Sie ist im Zivilprozeß ebenso ein Fremdkörper, wie sie es im Verwaltungsprozeß wäre. Es kommt daher darauf an, ob die VwGO wirklich "keine Bestimmung" i.S. des § 173 VwGO enthält. Dies ist nur dann der Fall, wenn eine echte Lücke vorhanden ist, nicht aber, wenn die VwGO durch sog. beredtes Schweigen die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde ausgeschlossen hat.

Hierfür spricht, daß § 43 VwGO ebenso wie § 256 ZPO die Feststellungsklage nicht nur über einen Gegenstand, sondern über zwei Gegenstände zuläßt (Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses und Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes). Diese Parallelität läßt vermuten, daß die Nichtigkeitsfeststellungsklage an die Stelle der Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde treten sollte. Für den Ausschluß dieser Klage spricht weiter, daß ihr schon im Zivilprozeß eine äußerst geringe Bedeutung zukommt. Wenn der Gesetzgeber sie dennoch in den Verwaltungsprozeß einführen wollte, so hätte eine ausdrückliche Regelung nahe gelegen. Wenn Klinger⁹⁷⁾ demgegenüber meint, der Gesetzgeber hätte sie ausdrücklich ausschließen müssen, da bereits nach der alten Rechtslage Streit über ihre Zulässigkeit bestanden habe, so verkennt er, daß Regelungen, etwas solle nicht gelten, äußerst selten sind. Im übrigen könnte man angesichts dieses Streits auch umgekehrt folgern, daß der Gesetzgeber allen Anlaß gehabt hätte, die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit

97) § 43 Anm.C II.

einer Urkunde ausdrücklich zuzulassen, wenn er sie in den Verwaltungsprozeß hätte einführen wollen.

Fenge⁹⁸⁾ verwendet als weiteres Argument für den Ausschluß dieser Klage, daß im Zivilprozeß auch die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer öffentlichen Urkunde begehrt werden könne, daß sich also eine Abgrenzung der verschiedenen Rechtswege kaum vornehmen ließe. Dieses Argument vermag allerdings nicht zu überzeugen, da nicht auf die Rechtsnatur des Errichtungsvorgangs, sondern auf den zivil- oder öffentlichrechtlichen Inhalt der Urkunde abgestellt werden müßte⁹⁹⁾.

Aber auch ohne dieses Argument reichen m.E. die oben angeführten Gründe aus, um einen stillschweigenden Ausschluß der Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde anzunehmen und damit das Vorliegen einer Lücke zu verneinen. Eine Analogie zu § 256 ZPO gem. § 173 VwGO kommt daher nicht in Betracht.

Zu dem gleichen Ergebnis müßte man allerdings auch dann kommen, wenn man eine Lücke bejahte. Voraussetzung einer jeden Analogie, auch wenn sie durch Gesetz angeordnet wird, ist, daß ein Bedürfnis für sie besteht. Ein solches Bedürfnis ist hier niemals gegeben, da der Kläger das durch die Urkunde repräsentierte bzw. zu beweisende Rechtsverhältnis zum Gegenstand der Feststellungsklage machen kann¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾.

98) Diss. S.92.

99) Vgl. Stein-Jonas, § 256 Anm.II 5.

100) Vgl. hierzu Lorenz, Diss. S.88.

101) Für die Zulässigkeit der "Urkundenklage" treten ein: Koehler, § 43 Anm.V; Klinger, § 43 Anm. C II; Schunck-De Clerck, § 43 Anm.2;

3. Abschnitt

1. Das Rechtsschutzbedürfnis

Die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes kann nur begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat (§ 43 I VwGO). Diese Formulierung weicht von § 256 ZPO nur insofern ab, als dort ein rechtliches Interesse verlangt wird.

Das Feststellungsinteresse ist eine Unterart, eine besondere Erscheinungsform des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses¹⁾. Grundsätzliche Ausführungen über das Institut "Rechtsschutzbedürfnis" sind im Rahmen dieser Arbeit nicht erforderlich, da über die Voraussetzungen, in denen das hier interessierende Feststellungsinteresse vorliegt, in den Grundzügen Einigkeit besteht.

Das Feststellungsinteresse setzt zunächst voraus, daß unter den Beteiligten eine tatsächliche Ungewißheit oder Unsicherheit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses bzw. über die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes

Bergmann, Diss. S.212 f.; Menger, System, S.233; Renck, NJW 65,1791,1792. Die Zulässigkeit der "Urkundenklage" lehnen ab: Ule, VwGO, § 43 Anm.I 2 a; Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr.3; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm.4; Hau-eisen, NJW 52,913; Schlochauer, AöR 79,185, 203; Fenge, Diss. S.92; Lorenz, Diss. S.88.

1) Vgl. Schöнке, S.51; Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr.9; Schunck-De Clerck, § 43 Anm.3.

herrscht²⁾. "Tatsächlich" bedeutet in diesem Zusammenhang "wirklich", "ernstlich" im Gegensatz zu "scheinbar". Die Ungewißheit oder Unsicherheit kann daher sowohl auf gegensätzlichen Sachdarstellungen als auch auf Meinungsverschiedenheiten über Rechtsfragen beruhen. In der Regel kommt die Unsicherheit oder Ungewißheit darin zum Ausdruck, daß der Beklagte das vom Kläger in Anspruch genommene Recht bestreitet oder sich eines vom Kläger bestrittenen Rechts berührt³⁾, bei der Nichtigkeitsfeststellungsklage darin, daß der Beklagte die Gültigkeit des Verwaltungsaktes behauptet.

Das Interesse an der begehrten Feststellung muß weiterhin berechtigt sein. Der Begriff des berechtigten Interesses findet sich in der Rechtsordnung, soweit das Interesse an einer gerichtlichen Handlung in Betracht kommt, noch in § 34 FGG, § 9 HGB, § 12 GBO. Die Literatur zu diesen Vorschriften versteht darunter "ein nach vernünftiger Erwägung durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse"⁴⁾. Ein Teil der verwaltungsprozessualen Literatur hat sich dieser Interpre-

2) Vgl. Rosenberg, § 86 II 2 a; Stein-Jonas, § 256 Anm.III 1; BGH LM Nr.27 zu § 256 ZPO; Bergmann, VerwArch 49 (1958), 333, 334; Diss. S.105 f.; RGZ 170, 358, 374; Koehler, § 43 Anm.III 2 a; Klinger, § 43 Anm.D 1 a; Eyer-mann-Fröhler, § 43 Rdnr.10; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm.18. Die drei zuletzt genannten Kommentare lassen das Merkmal "tatsächlich" weg.

3) Vgl. hierzu Ule, VwGO, § 43 Anm.I 3 a.

4) Vgl. Keidel, § 34 Rdnr.13; Schlegelberger, § 34 Rdnr.7; Würdinger in RGRK z.HGB § 9 Anm.2; Henke-Mönch-Horber, § 12 Anm.2 A a; Meikel-Imhof-Riedel, § 12 Anm.5; Hesse-Saa-ge-Fischer, § 12 Anm.II. Die Formulierungen weichen geringfügig voneinander ab.

tation angeschlossen⁵⁾. Fenge⁶⁾ ist in Anlehnung an einen von ihm als Faustregel bezeichneten Auslegungssatz aus dem Zivilprozeß der Auffassung, ein berechtigtes Interesse an der Feststellung sei dann gegeben, wenn der Kläger nach ihr sein weiteres Verhalten einrichten, das Urteil aber erst abwarten wolle, um im Anschluß daran seine Entschlüsse zu fassen⁷⁾. Der Wert dieser Definitionen ist gering. Sie sind viel zu allgemein gehalten, um dem Richter einen wirklichen Maßstab geben zu können. Sie besagen eigentlich nichts weiter, als daß es auf die Lage des jeweiligen Einzelfalls ankommt⁸⁾.

Größere Bedeutung hat dagegen der allgemein anerkannte Satz, daß das berechtigte Interesse seinem Inhalt nach rechtlicher, wirtschaftlicher, ideeller (politischer, kultureller, religiöser, persönlicher) Art sein kann⁹⁾. Hierin liegt der Unterschied gegenüber dem rechtlichen Interesse in § 256 ZPO. In der amtlichen Begründung zu

5) Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr.11; Koehler, § 43 Anm.VII; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm.17; Schunck-De Clerck, § 43 Anm.3; A.Naumann, Diss. S.376,379 f.

6) Diss. S.111.

7) Vgl. Rosenberg a.a.O.; RGZ 134,221,222; für den Verwaltungsprozeß vgl.auch noch Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr.11; VGH Kassel DÖV 50,654, 656.

8) Ähnlich Bergmann, Diss. S.110; VerwArch 49 (1958),333,336.

9) Vgl. Ule, § 43 Anm.I 3 a; Eyermann-Fröhler a.a.O.; Schunck-De Clerck, § 43 Anm.3; Koehler § 43 Anm.VII; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm.17; Klinger, § 43 Anm.D I b; Bergmann, Diss. S.109; VerwArch 49 (1958),333,335; A.Naumann, Diss.S.381; Kreutziger, Diss. S. 91; BVerwGE 2,229,231. Das BVerwG erwähnt nur das wirtschaftliche Interesse.

§ 42 des Regierungsentwurfs (jetzt § 43 VwGO)¹⁰⁾ heißt es hierzu, abweichend von § 256 ZPO sei nicht auf das rechtliche, sondern auf das berechnigte Interesse abgestellt, da die Entscheidung der Frage, ob ein rechtliches oder nur ein berechtigtes (wirtschaftliches) Interesse vorliege, in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führe. Sachlich rechtfertige auch ein rein wirtschaftliches Interesse die Feststellungsklage, dies habe in der ZPO tatsächlich auch zu einer immer weiteren Ausdehnung des Begriffs "rechtliches" Interesse geführt¹¹⁾. Der Unterschied zwischen den Begriffen "rechtliches" und "berechtigtes" Interesse ist daher in der Praxis nur noch terminologischer Art.

In negativer Hinsicht läßt sich sagen, daß das Interesse an der Feststellung dann nicht berechnigt ist, wenn der Kläger einen Zweck verfolgt, der gegen die Strafgesetze oder sonstige Verbotsnormen verstößt¹²⁾.

Das Interesse muß an der baldigen Feststellung bestehen. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß das Bedürfnis des Klägers nach Klärung der Rechtslage bereits in der Gegenwart oder zumindest demnächst gegeben sein muß¹³⁾, anders formuliert, daß eine begründete Besorgnis der Gefährdung des Klägers durch die Ungewißheit und Unsicherheit

10) Bundestagsdrucksache, 3. Wahlperiode, Nr. 55, S. 32.

11) Vgl. hierzu Schönke-Schröder-Niese, S. 203; Baumbach-Lauterbach, § 256 Anm. 3 B; Rosenberg a. a. O.

12) Ebenso Bergmann, Diss. S. 111; VerwArch 49 (1958), 333, 336.

13) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr. 13; Rosenberg, § 86 II 2 b.

der Rechtslage in der Gegenwart erforderlich ist¹⁴⁾. Dieser Voraussetzung kommt keine besondere Bedeutung zu, da die Gründe, die für das Vorhandensein eines berechtigten Interesses sprechen, regelmäßig auch zur Bejahung des Interesses an der baldigen Feststellung führen¹⁵⁾.

Der Kläger muß schließlich ein Interesse gerade an der Feststellung haben. Dies ist der Fall, wenn das Feststellungsurteil mit seiner bloßen Rechtskraftwirkung geeignet ist, die Ungewißheit und Unsicherheit der Rechtslage zu beseitigen¹⁶⁾.

2. Das Verhältnis der Feststellungsklage zu den anderen Klagearten

Im Zivilprozeß ist aus der Forderung, das Interesse müsse gerade an der Feststellung bestehen, der Satz abgeleitet worden, in der Regel fehle für eine Feststellungsklage das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Kläger auf Leistung klagen könne¹⁷⁾. Da diese Regel aber zahlreiche Ausnahmen erleidet, kann von einer Subsidiarität der Feststellungsklage im Zivilprozeß nicht gesprochen

14) Vgl. Klinger, § 43 D 1 c; Koehler, § 43 Anm. III 2 b; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm.20; Schunck-De Clerck, § 43 Anm.3; Schöнке-Schröder-Niese, S.203; RGZ 95,304,306.

15) So mit Recht Rosenberg a.a.O.; ebenso Bergmann, Diss.S.113; VerwArch 49(1958),333,338; Eyermann-Fröhler a.a.O.; Redeker-v.Oertzen a.a.O.

16) Vgl. Rosenberg, § 86 II 2 a; Stein-Jonas, § 256 Anm.III 3; Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr. 9; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm.16; Bergmann, Diss. S.113 f.; VerwArch a.a.O.

17) Rosenberg a.a.O.; Stein-Jonas, § 256 Anm.III 5 b; RGZ 129,31,33; 152,193,195; 140,231,235; BGHZ 5,314,315; BGH LM Nr.27 zu § 256 ZPO.

werden¹⁸⁾.

§ 43 VwGO enthält in Abs. II S. 1 die Bestimmung, daß die Feststellung nicht begehrt werden kann, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Welche Bedeutung kommt dieser Regelung zu ? Bedeutet sie nur eine Positivierung des im Zivilprozeß entwickelten Satzes oder hat der Gesetzgeber in § 43 II VwGO das Verhältnis der Feststellungsklage zu den anderen Klagearten unabhängig vom Feststellungsinteresse geregelt ?

Für die zweite Möglichkeit sprechen zwei Gesichtspunkte. Einmal die Stellung im Gesamtaufbau des § 43 VwGO und die Formulierung "kann nicht begehrt werden" statt "das Feststellungsinteresse ist nicht gegeben", zum anderen die Erwägung, daß ein gesetzlicher Ausschluß des Feststellungsinteresses¹⁹⁾ ein Widerspruch in sich selbst wäre. Das Feststellungsinteresse läßt sich seiner Natur nach, wie die obigen Ausführungen gezeigt haben²⁰⁾, nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände verneinen oder bejahen, für abstrakte Fallgruppen lassen sich nur Richtlinien aufstellen.

Das Verhältnis der Feststellungsklage zu den anderen Klagearten ist daher im Verwaltungsprozeß kein Problem des Feststellungsinteresses. Es liegt vielmehr ein Fall prozessualer Gesetzeskonkurrenz vor. Anders als im Zivilprozeß ist die

18) Vgl. Rosenberg a.a.O.; Stein-Jonas a.a.O.; BGH LM Nr. 27 zu § 256 ZPO.

19) Schunck-De Clerck, § 43 Anm. 3, sprechen von "gesetzlicher Verneinung".

20) S. 48 ff.

Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß nur subsidiär gegeben²¹⁾.

Bei der nun folgenden Einzelerörterung des § 43 Abs. II VwGO ist zwischen der Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses und der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes zu unterscheiden (§ 43 II 2 VwGO).

Die Rechtsverhältnisfeststellungsklage wird durch die Leistungsklage ausgeschlossen, soweit der Kläger seine Rechte durch diese verfolgen kann. Die Leistungsklage verdrängt die Rechtsverhältnisfeststellungsklage daher auch dann, wenn zu erwarten ist, daß der Beklagte seine Verpflichtungen allein auf Grund des Feststellungsurteils erfüllen werde. Anders als im Zivilprozeß²²⁾ kann in diesem Fall keine Ausnahme gemacht werden²³⁾.

-
- 21) Ebenso: Hegel, DÖV 65, 413, 416; Rupp, Grundfragen, S. 257 Fußnote 473; Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr. 14. Für Subsidiarität, aber noch im Rahmen des Feststellungsinteresses gesehen: Klinger, § 43 Anm. E 1; Redeker-v. Oertzen, § 43 Anm. 21-23; Müller, K., DÖV 65, 38, 43; Men-ger, System, S. 244, 246, im Verhältnis zur Leistungsklage. Für Ausschluß des Feststellungsinteresses: Ule, VwGO, § 43 Anm. I 3 a; Schunck-De Clerck a. a. O.; Stern, JuS 65, 232, 235. Im Verhältnis zur Anfechtungsklage sprechen Men-ger, System, S. 238 f., und Kohler, § 43 Anm. IX 5, von Unzulässigkeit der gewählten Prozeß-art.
- 22) Vgl. Rosenberg, § 86 II 2 a; Stein-Jonas, § 256 Anm. III 5 b; RGZ 92, 1, 8; 92, 377 f.; 129, 31, 34; 146, 159, 163; 152, 193, 198.
- 23) Ebenso: Klinger, § 43 Anm. E 1; Ule, VwGO, § 43 Anm. I 3 a; Hegel, DÖV 65, 413, 416; a. A. Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr. 22; Stern, JuS 65, 232, 235; Lerche, Jubiläumsschr., S. 59, 80 f.; R. Naumann, Jubiläumsschr., S. 365, 380 f.; mit Einschränkungen auch Redeker-v. Oertzen, § 43 Anm. 22.

Da die Feststellungsklage nur ausgeschlossen ist, soweit der Kläger seine Rechte durch Leistungsklage verfolgen kann, steht § 43 II 1 VwGO der Erhebung einer Feststellungsklage über das dem Leistungsanspruch zugrunde liegende Rechtsverhältnis (zusammengesetzte Rechtsverhältnis²⁴⁾) nicht entgegen. So kann z.B. auf Feststellung des Bestehens eines Beamtenverhältnisses auch dann geklagt werden, wenn die Verurteilung zur Zahlung der Dienstbezüge begehrt werden könnte²⁵⁾. Aus dem gleichen Grunde verdrängt die Leistungsklage die Feststellungsklage dann nicht, wenn nur wegen eines Teilanspruchs auf Leistung geklagt werden könnte²⁶⁾.

Soweit die Feststellungsklage durch die Leistungsklage ausgeschlossen ist, ist sie es auch durch deren Unterart, die Unterlassungsklage, vorausgesetzt, daß die VwGO die Unterlassungsklage überhaupt zuläßt. Angesichts der uneingeschränkten Zulassung der Leistungsklage kann hieran kein Zweifel bestehen. Bereits in der amtlichen Begründung zu § 40 des Regierungsentwurfs²⁷⁾ heißt es, der Begriff der Leistungsklage habe ohne weiteres als feststehend betrachtet werden können. Mit der Leistungsklage seien alle Ansprüche verfolgbar, die auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet seien²⁸⁾.

24) Vgl. zu diesem Begriff S.11 dieser Arbeit.

25) Vgl. hierzu OVG Münster DVBl.57,21 f.; vgl. auch Bergmann, Diss. S.116 f.; VerwArch 49 (1958),333,339,Fußn.25. Selbstverständlich bleibt stets noch zu prüfen, ob ein Feststellungsinteresse gegeben ist.

26) Ebenso: Redeker-v.Oertzen a.a.O.; Schunck-De Clerck, § 43 Anm.3; Lerche a.a.O., S.79.

27) Bundestagsdrucksache 3.Wahlperiode Nr.55, S.31.

28) Die Zulässigkeit der Unterlassungsklage wird auch von Ule, VwGO, Vorbem.III vor § 42, und

Die Rechtsverhältnisfeststellungsklage wird gem. § 43 II 1 VwGO weiterhin ausgeschlossen, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungsklage verfolgen kann. In Betracht kommt hier vor allem die Anfechtungsklage. Sie ist auf Aufhebung des Verwaltungsakts unmittelbar durch richterliches Urteil gerichtet und damit vom Gesetz als Gestaltungsklage konstruiert²⁹⁾.

Eine echte Konkurrenz zwischen Anfechtungsklage und Rechtsverhältnisfeststellungsklage besteht deshalb, weil das oben³⁰⁾ erörterte Duldungsverhältnis, das mit der Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen entsteht, und der Anspruch auf Beseitigung des rechtswidrigen Verwaltungsakts³¹⁾ Gegenstand einer Feststellungsklage sein könnten. Ausgeschlossen durch die Anfechtungsklage werden aber nur Klagen auf Feststellung des Bestehens des Beseitigungsanspruchs und des Nichtbestehens des Duldungsverhältnisses, dagegen nicht Klagen, mit denen die umgekehrten Feststellungen (Nichtbestehen des Beseitigungsanspruchs, Bestehen des Duldungsverhältnisses) begehrt werden. In diesen Fällen stützt sich der Kläger auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes und kann daher seine Rechte nicht durch die Anfechtungsklage verfolgen.

von Schäfer, DVBl. 60, 837, 842, bejaht, die, wie oben S. 21 ausgeführt, Unterlassungsansprüche grundsätzlich ablehnen. Für die Zulässigkeit der Unterlassungsklage auch das BVerwG in E 14, 323, 327 und DVBl. 65, 364.

29) Vgl. Lücke, AöR 84, 185, 186 Fußn. 1, 195 Fußn. 32; Rupp, AöR 85, 301, 311.

30) S. 18 f., 28 f.

31) Vgl. oben S. 41.

Nicht geregelt in § 43 II VwGO ist das Verhältnis der Rechtsverhältnisfeststellungsklage zur Nichtigkeitsfeststellungsklage. Gerade hier besteht aber eine echte Konkurrenz. Wäre eine der Klagen nicht subsidiär gegenüber der anderen, so könnte der Kläger, statt die Feststellung der Nichtigkeit des Verwaltungsaktes zu begehren, auf Feststellung klagen, daß das Rechtsverhältnis, das der nichtige Verwaltungsakt beenden wollte, noch besteht, bzw. daß das Rechtsverhältnis, das der nichtige Verwaltungsakt begründen wollte, nicht besteht.

Für die analoge Anwendung des § 43 II 1 VwGO auf diesen Fall spricht einmal, daß die Nichtigkeitsfeststellungsklage eine gewisse Verwandtschaft zur Anfechtungsklage aufweist (beide beziehen sich auf Verwaltungsakte)³²⁾. Zum anderen ergibt sich aus § 43 II 2 VwGO, daß der Nichtigkeitsfeststellungsklage eine stärkere Stellung als der Rechtsverhältnisfeststellungsklage zukommt. M.E. wird diese daher auch durch jene ausgeschlossen, soweit der Kläger mit ihr seine Rechte verfolgen kann. Dies ist dann nicht der Fall, wenn dem Kläger mit der Feststellung der Nichtigkeit des Verwaltungsaktes allein nicht gedient ist, z.B. wenn die Behörde behauptet, das Rechtsverhältnis bestehe selbst dann nicht oder nicht mehr, wenn der Verwaltungsakt, der es beenden sollte, nichtig sei.

Die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses kann, wie es in § 43 II 1 weiter heißt, auch insoweit nicht begehrt werden, als der Kläger seine Rechte durch

32) Vgl. hierzu Rupp, Grundfragen, S.256 f. und Fußn.473.

Gestaltungs- oder Leistungsklage hätte verfolgen können.

Diese Bestimmung ist für das Verhältnis zur allgemeinen, nicht fristgebundenen Leistungsklage ohne Bedeutung. Der Fall, daß der Kläger seine Rechte nicht mehr durch diese Klage verfolgen kann, kann nur eintreten, wenn der materielle Anspruch erloschen ist. Vergangene Rechtsverhältnisse können aber sowieso nicht Gegenstand der Feststellungsklage sein³³⁾.

Auch im Verhältnis zu den fristgebundenen Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen ist es zweifelhaft, ob die hier erörterte Bestimmung für den Ausschluß der Feststellungsklage erforderlich war oder ob sich dieser Ausschluß nicht bereits aus anderen Gründen ergibt.

Wird dem Ablauf der Fristen nur prozessuale Bedeutung beigemessen, bleiben also der Aufhebungsanspruch und der Anspruch auf Erlaß des begünstigenden Verwaltungsaktes auch nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des Eingriffsaktes bzw. des Ablehnungsbescheides bestehen, so könnten diese Ansprüche nach diesem Zeitpunkt Gegenstand der Feststellungsklage sein, wenn die Ausschlußwirkung der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nicht fortbestünde. Von einem solchen Standpunkt aus war die Anordnung der Fortdauer der Ausschlußwirkung erforderlich.

Nimmt man dagegen an, daß der Aufhebungsanspruch und der Anspruch auf Erlaß des begünstigenden Verwaltungsaktes mit dem Eintritt der Unanfechtbarkeit des Eingriffs- bzw. Ablehnungsaktes er-

33) Vgl. S.31 ff. dieser Arbeit.

löschen, so fehlt es - wie im Verhältnis zur allgemeinen Leistungsklage - an einem feststellbaren Rechtsverhältnis. Von diesem Standpunkt aus war die letzte Alternative des § 43 II 1 VwGO auch im Bezug auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen überflüssig³⁴⁾.

Das Verhältnis der Nichtigkeitsfeststellungsklage zur Gestaltungs- und Leistungsklage hat der Gesetzgeber durch § 43 II 2 VwGO negativ dahin geregelt, daß sie durch diese Klagearten nicht ausgeschlossen wird. Da die VwGO auch umgekehrt der Nichtigkeitsfeststellungsklage keinen Vorrang vor der Gestaltungs- und Leistungsklage einräumt, ergibt sich aus § 43 II 2 VwGO zumindest, daß der Kläger die Wahl hat, ob er seine Rechte durch Nichtigkeitsfeststellungsklage oder durch Gestaltungs- und Leistungsklage verfolgen will, vorausgesetzt allerdings, daß die letzteren Klagearten nicht aus anderen Gründen unzulässig sind.

Praktisch wird zwischen Nichtigkeitsfeststellungsklage und Leistungsklage eine Wahlmöglichkeit nicht in Betracht kommen, da die Klageziele in der Regel unterschiedlich sein werden. Denkbar erscheint nur der Fall, daß ein nichtiger Verwaltungsakt einen Anspruch des Klägers zum Erlöschen bringen sollte.

34) Auf eine Erörterung der Frage, ob die den Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen zugrunde liegenden Ansprüche in dem oben angegebenen Zeitpunkt erlöschen, wird verzichtet, da sie für den Anwendungsbereich der Feststellungsklage ohne Einfluß ist. Das BVerwG nimmt wohl Erlöschen an, vgl. E 10,47,48; 11,124, 125 f., da es eine Verpflichtung der Behörde zur Aufhebung des unanfechtbar gewordenen Verwaltungsakts verneint.

Im Verhältnis zur Anfechtungsklage ist fraglich, ob diese Klage gegenüber nichtigen Verwaltungsakten zulässig ist. Einmal ist eine Aufhebung eines nichtigen Verwaltungsaktes an sich überflüssig, zum anderen könnten Bedenken bestehen, ob der Adressat eines nichtigen Verwaltungsaktes durch diesen überhaupt in seinen Rechten betroffen sein kann, was für die Klagebefugnis erforderlich ist. Die amtliche Begründung zu § 42 des Regierungsentwurfs³⁵⁾ geht davon aus, daß nichtige Verwaltungsakte auch mit der Anfechtungsklage angegriffen werden könnten, da häufig sehr schwer zu beurteilen sei, ob der dem Verwaltungsakt anhaftende Fehler dessen Nichtigkeit oder nur dessen Anfechtbarkeit (im materiellen Sinn)³⁶⁾ zur Folge habe. Die Kommentare zur VwGO halten einheitlich die Anfechtungsklage für zulässig. Ule³⁷⁾, Eyermann-Fröhler³⁸⁾, Schunck-De Clerck³⁹⁾ und Koehler⁴⁰⁾ schließen ihre Zulässigkeit aus § 43 Abs. II Satz 2 VwGO. Dieser Schluß ist nicht zwingend, da diese Bestimmung nur das Verhältnis der Nichtigkeitsfeststellungsklage zur Leistungsklage und zur Gestaltungsklage regelt, nicht aber die Zulässigkeit dieser Klagearten selbst. Zwar wäre § 43 II 2 VwGO im wesentlichen überflüssig, wenn die Anfechtungsklage gegen nichtige Verwaltungsakte nicht statthaft wäre. Die Ausführungen zu § 43 II 1 VwGO haben aber gezeigt, daß die Konkurrenzbestimmungen des § 43 VwGO nicht in je-

35) Bundestagsdrucksache a.a.O., S.32.

36) Gemeint ist Aufhebbarkeit (Rechtswidrigkeit) im Gegensatz zur prozessualen Anfechtungsmöglichkeit.

37) § 42 Anm. III 4 b.

38) § 43 Rdnr. 18.

39) § 43 Anm. 6.

40) § 42 Anm. A X 4.

der Hinsicht für den erstrebten Erfolg erforderlich waren. Klinger⁴¹⁾ und Redeker-v.Oertzen⁴²⁾ verzichten daher mit Recht auf eine Argumentation aus § 43 II 2 VwGO. In Übereinstimmung mit Klinger ist die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen nichtige Verwaltungsakte daraus herzuleiten, daß der nichtige Verwaltungsakt als Hoheitsakt des Staates den Schein der Rechtsgültigkeit trägt. Auch dieser Rechtsschein kann das für die Klagebefugnis erforderliche "Betroffen-sein" begründen.

Wenig erörtert ist die Frage, ob die Nichtigkeitsfeststellungsklage nicht nur wahlweise, sondern gleichzeitig neben der Leistungs- oder Anfechtungsklage erhoben werden kann. Ule⁴³⁾, Eyermann-Fröhler⁴⁴⁾ und Klinger⁴⁵⁾ verneinen dies im Verhältnis zur Anfechtungsklage.

Der Streitgegenstand der Nichtigkeitsfeststellungsklage ist ein anderer als der der Anfechtungs- oder Leistungsklage, da die Klageanträge nicht identisch sind. Auf die verschiedenen Streitgegenstandstheorien kommt es dabei nicht an, da alle den gestellten Antrag zur Abgrenzung heranziehen und bei mehreren Anträgen mehrere Streitgegenstände annehmen⁴⁶⁾. In den hier erörterten Fällen liegt also eine Streitgegenstandsmehrheit und damit eine Klagenhäufung i.S. von § 44 VwGO vor.

41) § 43 C I 2.

42) § 42 Anm.11.

43) VwGO, § 43 Anm.I 3 a.

44) § 43 Rdnr.21.

45) § 43 Anm.E 3.

46) Vgl. zum Stand der Streitgegenstandslehre Ule, VwGO, § 121 Anm.II 2; im Zivilprozeß Schwab, JuS 65,81 ff.

Gegen die Zulässigkeit der Klagenhäufung zwischen Nichtigkeitsfeststellungsklage und Leistungsklage bestehen keine Bedenken, falls die Voraussetzungen des § 44 (Zusammenhang der Klagen, gleicher Beklagter, gleiche Zuständigkeit) gegeben sind.

Die kumulative Klagenhäufung zwischen Nichtigkeitsfeststellungsklage und Anfechtungsklage ist ausgeschlossen, weil das Urteil nicht gleichzeitig auf Feststellung der Nichtigkeit und auf Aufhebung lauten kann. Ein solches Urteil wäre logisch widersprüchlich. Demgegenüber entspricht die eventuelle Klagenhäufung (in erster Linie Nichtigkeitsfeststellungsklage, hilfsweise Anfechtungsklage) der Sachlage, dem Verhältnis zwischen den Nichtigkeits- und den Anfechtungsgründen im materiellen Recht.⁴⁷⁾

4. Abschnitt

Die Feststellungsklage zur Klärung von Vorfragen für einen Zivilprozeß

1. Äußerst umstritten ist in Rechtsprechung und Literatur, ob die Feststellungsklage zulässig ist, wenn sie ausschließlich zu dem Zweck erhoben wird, für einen Zivilprozeß eine öffentlichrechtliche Vorfrage klären zu lassen. Als Beispiele seien erwähnt die Klage auf Feststellung des Bestehens eines Anstaltsnutzungsverhältnisses (Schulverhält-

47) So im Ergebnis auch Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr.21; Redeker-v.Oertzen, § 42 Anm.11; BSGE 12,185 ff.

nis, Fernsprechverhältnis) als Grundlage für einen Amtshaftungsprozeß, bei dem es auf das Bestehen des Nutzungsverhältnisses wegen der ihm eigentümlichen besonderen Amtspflichten ankommt, weiter die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit einer Zwangsmietverfügung als Grundlage für einen Räumungsprozeß gegen den beigeladenen Mieter.

Allgemein wird diese Streitfrage als Problem des Rechtsschutzbedürfnisses behandelt. Gegen diese rechtliche Einordnung könnten Bedenken erhoben werden, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es sich bei dem Zivilprozeß, der durch die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage vorbereitet werden soll, regelmäßig um eine Leistungsklage handeln wird. Es könnte daher die Erwägung nahe liegen, die Zulässigkeit der Feststellungsklage hier nach § 43 II 1 VwGO und damit losgelöst vom Feststellungsinteresse zu beurteilen. § 43 II 1 VwGO bezieht sich jedoch, wie sich aus seiner Stellung im Gesetz ergibt, nur auf das Verhältnis der Klagearten innerhalb des Verwaltungsprozesses, nicht aber auf das Verhältnis einer verwaltungsgerichtlichen Klage zu einer zivilgerichtlichen Klage. Zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen der Feststellungsklage in einem Zweig der Gerichtsbarkeit und der Leistungsklage in einem anderen Zweig der Gerichtsbarkeit muß daher auf das Feststellungsinteresse zurückgegriffen werden.

Die Erörterung der Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage zur Vorbereitung eines Zivilprozesses unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzinteresses ist daher zutreffend.

2. Die Meinungsverschiedenheiten über das Rechtsschutzbedürfnis bei einer solchen Klage¹⁾ wären nicht entstanden, wenn die Zivilgerichte in keinem Fall über öffentlichrechtliche Vorfragen befinden könnten. Es ist jedoch ein klassischer Satz des Zivilprozeßrechts²⁾, daß die Zivilgerichte Vorfragen, die als Hauptfragen zum Bereich einer anderen Gerichtsbarkeit gehören würden, grundsätzlich selbst prüfen und beantworten können. Dieser Satz beruht auf § 148 ZPO, wonach die Zivilgerichte berechtigt, aber nicht verpflichtet sind, den Rechtsstreit auszusetzen, um eine Entscheidung der Verwaltungsbehörden einzuholen, zu denen nach dem Sprachgebrauch der ZPO auch die Verwaltungsgerichte gehören³⁾. Die Vorfragenkompetenz der Zivilgerichte ist nach fast einhelliger Meinung⁴⁾ durch die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel und durch die Begründung der Gleichrangigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der Zivilgerichtsbarkeit nicht berührt worden, da der Gesetzgeber auch umgekehrt den Verwaltungsgerichten die Kompetenz zur Prüfung und Beantwortung zivilrechtlicher Vorfragen übertragen hat⁵⁾. Er hat damit zu erkennen gegeben, daß die Vorfragenkompetenz der Zivilgerichte keine Folge des früheren unvollständigen Rechtsschut-

1) Sie wird im folgenden Vorbereitungsklage genannt werden.

2) Diese Formulierung ist von Soergel-Siebert I, Einleitung Rdnr. 110, übernommen.

3) Vgl. Soergel-Siebert a.a.O.

4) A.A. nur Bosch in einem Referat auf der Zivilprozeßrechtslehrertagung vom 24. und 25.4.1952 in Heidelberg, mitgeteilt in einem Bericht in JZ 52, 440, 441.

5) Vgl. § 94 VwGO.

zes durch die Verwaltungsgerichte war⁶⁾.

Erst auf der Grundlage der Vorfragenkompetenz wird verständlich, warum Zweifel an der Zulässigkeit der Vorbereitungsklage bestehen. Kann das Zivilgericht öffentlichrechtliche Vorfragen prüfen und beantworten, so bedarf der Kläger nicht zwingend einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung⁷⁾.

3. Dafür, daß dennoch ein berechtigtes Interesse anzuerkennen sei, wird angeführt, der Verwaltungsrichter sei zur Klärung öffentlichrechtlicher Fragen besser geeignet als der Zivilrichter⁸⁾.

6) Die Vorfragenkompetenz der Zivilgerichte wird bejaht u.a. von: Rosenberg, § 11 IV; Stein-Jonas, Vorbem. II C 4 vor § 1 u. § 148 Anm. III 1 c; BGHZ 16, 124, 134; Eyermann-Fröhler, § 40 Rdnr. 23 ff.; Ule, VwGO, § 43 I 3 b; Koehler, § 40 Anm. V; Klinger, § 40 Anm. B I 3 u. § 43 D 1 c; Redeker-v. Oertzen, § 40 Anm. 19; Soergel-Siebert I, Einleitung Rdnr. 110 ff., insbesondere Rdnr. 124; Bachof, ZZP 65, 1, 40; Jesch, Bindung, S. 40 f.; die drei letzteren ausdrücklich auch de lege ferenda gegen Lerche, Ordentlicher Rechtsweg u. Verwaltungsrechtsweg, Anm. 140, und Boehmer, I, S. 275; Für Einführung der Aussetzungspflicht auch Schlochauer, AöR 79, 185, 194. Ule dürfte in Anbetracht seiner Ausführungen zu § 43 VwGO die Einführung der Aussetzungspflicht nicht mehr befürworten, so noch in Recht-Staat-Wirtschaft III, S. 260, 294.

7) Soweit ausnahmsweise eine Vorfragenkompetenz nicht gegeben ist, ist das Rechtsschutzinteresse zu bejahen. Vgl. hierzu Fußn. 16 auf S. 68. Die Einschränkung der Prüfungsbefugnis der Zivilgerichte bei Verwaltungsakten wirkt sich jedoch auf die Zulässigkeit der Feststellungsklage nach § 43 VwGO nicht aus, da mit ihr die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes nicht geltend gemacht werden kann.

8) So Fenge, Diss. S. 112 ff.; Lorenz, Diss. S. 124; Bergmann, Diss. S. 141 f.; VerwArch 49 (1958), 333, 350; Zweigert, DV 49, 525, 527; Naumann, R., DVBl. 51, 140, 141; Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr.

Es bestehen Bedenken, ob dies wirklich der Fall ist. Die Ausbildung des Zivilrichters und des Verwaltungsrichters ist die gleiche. Die Verwaltungsgerichtsordnung verlangt nicht, daß der Verwaltungsrichter vorher in der Exekutive tätig gewesen sein muß. Zuzugeben ist allerdings, daß längere Tätigkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu öffentlichrechtlichen Spezialkenntnissen führt, die dem Zivilrichter in der Regel fehlen. Von jedem Richter muß aber erwartet werden, daß er auch Rechtsfragen aus ihm ferner stehenden Rechtsgebieten mit Hilfe der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung zutreffend beantworten kann⁹⁾. Daß der Gesetzgeber durchaus das Vertrauen in den Zivilrichter setzt, zur Klärung öffentlichrechtlicher Fragen ebenso wie der Verwaltungsrichter geeignet zu sein, zeigt sich daran, daß die sog. traditionellen Zuständigkeiten der Zivilgerichte durch § 40 II VwGO aufrechterhalten worden sind und daß darüberhinaus weitere öffentlichrechtliche Streitigkeiten in ständig wachsender Zahl den Zivilgerichten zugewiesen werden. Es braucht hier nur an die Zuweisungen durch das Kartellgesetz¹⁰⁾, durch das Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen¹¹⁾, durch die Bundesnotarordnung¹²⁾, sowie an die Einfügung der §§ 23-30 in das EGGVG erinnert zu werden.¹³⁾

Ähnlich verhält es sich mit dem möglichen Argu-

104; BVerwGE 2,229,232; OVG Lüneburg AS 3, 211,214; OVG Berlin AS 2,13,14 f.; BSGE 8, 178,182 f.

9) So mit Recht Kralik, S.23; WuBaVGH VerwRspr. 10,228,231 f.

10) §§ 62,73.

11) § 3.

12) § 111.

13) Ebenso Tietgen, DVBl. 60,261,265 f.

ment, der Verwaltungsprozeß sei infolge der dort herrschenden Untersuchungsmaxime (§ 86 VwGO) besser zur Klärung öffentlichrechtlicher Fragen geeignet als der Zivilprozeß mit seiner Verhandlungsmaxime. Abgesehen davon, daß die Schwierigkeiten bei öffentlichrechtlichen Fragen meist auf rechtlichem und nicht auf tatsächlichem Gebiet liegen - der Sachverhalt ergibt sich in der Regel aus den Behördenakten -, sind die Unterschiede beider Prozeßmaximen in der praktischen Anwendung gering¹⁴⁾. Die Untersuchungsmaxime verpflichtet das Gericht nicht, unter allen Umständen Ermittlungen anzustellen. Dem Gericht werden weiterhin in der Regel andere Beweismittel als die von den Beteiligten angegebenen nicht bekannt sein, zumindest, soweit es sich um Zeugen handelt. Bezüglich des Augenscheins-, Sachverständigen- und Urkundenbeweises ist im übrigen bereits der Zivilrichter nicht an die Beweisankträge der Parteien gebunden (§ 272 b II ZPO). Eingeschränkt ist der Verhandlungsgrundsatz zudem durch die richterliche Aufklärungspflicht gem. § 139 ZPO.

Für die Zulässigkeit der Vorbereitungsklage wird weiterhin vorgebracht, der Rechtsschutz durch das Verwaltungsgericht gehe weiter als der durch das Zivilgericht, weil nur das Verwaltungsgericht - im Rahmen des Verwaltungsrechtswegs - mit Rechtskraftwirkung über öffentlichrechtliche Fragen entscheiden könne¹⁵⁾.

Es trifft zwar zu, daß die Vorfragenkompetenz

14) Hierauf weisen auch Stein-Jonas, Einleitung, Bem.D III 2 b, und Ule, Studienbuch, S.82, hin.

15) Vgl. Bachof, MDR 50,375 f.; Bergmann, Diss. S.154 f.; VerwArch 49(1958),333,355 f.; Hasselbach, Diss. S.77 ff.

nicht zu der Rechtskraft fähigen Entscheidungen berechtigt. Mit Rechtskraftwirkung kann aber gem. § 322 ZPO über Vorfragen sowieso nicht entschieden werden, es sei denn, daß die Vorfrage zur Hauptfrage, zum Streitgegenstand, erhoben wird¹⁶⁾. Dies geschieht durch Erhebung einer Zwischenfeststellungsklage gem. § 280 ZPO. Die Begrenzung der Vorfragenkompetenz auf nichtrechtskräftige Feststellungen wirkt sich also nur darin aus, daß eine Zwischenfeststellungsklage über Fragen aus dem Bereich einer anderen Gerichtsbarkeit ausgeschlossen ist.

Die Frage ist deshalb dahin zu stellen, ob der Ausschluß der zivilgerichtlichen Zwischenfeststellungsklage über vorgreifliche öffentlich-rechtliche Fragen den Rechtsschutz des Klägers beeinträchtigt. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Zwischenfeststellungsklage bereits aus anderen Gründen unzulässig ist.

Auch über vorgreifliche zivilrechtliche Rechtsverhältnisse kann nicht ausnahmslos die Zwischenfeststellungsklage erhoben werden. Sie ist unzulässig, wenn das vorgreifliche Rechtsverhältnis nur für den erhobenen Anspruch Bedeutung hat, wenn aus ihm also weder weitere Ansprüche oder sonstige Rechtsfolgen erwachsen sind, noch erwachsen können. In solchen Fällen wird der Streit

16) Gem. § 322 II ZPO nimmt ausnahmsweise die Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung an der Rechtskraft teil. Um den Eintritt dieser Rechtsfolge bei dem Zivilrechtsweg nicht unterliegenden Gegenforderungen zu verhindern, muß dem Zivilgericht insoweit die Vorfragenkompetenz abgesprochen und die Pflicht zur Aussetzung des Verfahrens auferlegt werden. Auf diesen Fall bezieht sich die Entscheidung BGHZ 16, 124, 138.

der Parteien mit der rechtskräftigen Entscheidung über den erhobenen Anspruch in vollem Umfang beendet, einer gesonderten Feststellung des vorgreiflichen Rechtsverhältnisses käme keine Bedeutung zu¹⁷⁾.

Die Situation, die der Vorbereitungsklage zugrunde liegt, entspricht genau dieser Fallgestaltung: Kann der Kläger das Rechtsschutzinteresse für die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage aus keinem anderen Gesichtspunkt herleiten als dem der Vorbereitung eines Zivilprozesses, so ist das Bestehen des öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses (die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes) lediglich für diesen Zivilprozeß präjudiziell. Eine zivilgerichtliche Zwischenfeststellungsklage wäre daher selbst dann unzulässig, wenn sie nicht durch die Begrenzung der Vorfragekompetenz auf nichtrechtskräftige Feststellungen ausgeschlossen wäre.

Durch diesen Ausschluß wird also der Rechtsschutz des Klägers nicht gemindert, ihm wird auch ohne rechtskräftige Feststellung der öffentlichrechtlichen Vorfrage vollauf genüge getan. Ein Interesse an einer rechtskräftigen Entscheidung, das das Rechtsschutzbedürfnis für die Vorbereitungsklage begründen könnte, besteht daher nicht.

Eyermann-Fröhler¹⁸⁾ stützen die Zulassung der Vorbereitungsklage weiterhin darauf, aus § 148 ZPO sei zu schließen, daß - wenn schon das Zi-

17) Vgl. RGZ 144, 54, 59 f.; 170, 328, 330; BGH LM Nr. 4 zu § 280 ZPO; Rosenberg, § 92 III 1; Stein-Jonas, § 280 Anm. II 2; Schönke-Schröder-Niese, S. 230; Baumbach-Lauterbach, § 280 Anm. 1 A; vgl. auch BVerwGE 2, 229, 232.

18) § 42 Rdnr. 104.

vilgericht das Verfahren aussetzen könne - der Betroffene ebenfalls berechtigt sein müsse, zunächst eine öffentlichrechtliche Vorfrage durch die Verwaltungsgerichte entscheiden zu lassen¹⁹⁾.

Auch dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Ist die Vorbereitungsklage zulässig, so wird dem Zivilgericht die Entscheidung darüber genommen, ob es den Rechtsstreit aussetzen oder die Vorfrage selbst prüfen und beantworten will. Aus § 148 ZPO, der gerade diese Wahlmöglichkeit einräumt, kann daher die Zulässigkeit der Vorbereitungsklage keinesfalls hergeleitet werden.

Das Rechtsschutzinteresse für die Vorbereitungsklage soll weiterhin deshalb gegeben sein, weil § 43 VwGO nicht ein öffentlichrechtliches Interesse fordere und daher auch ein Interesse privatrechtlicher Art genügen müsse²⁰⁾.

Daß das Interesse für die Feststellungsklage auch privatrechtlicher Art sein kann, ist nicht zu bestreiten, da das Interesse überhaupt nicht rechtlicher Art sein muß. Bei der Vorbereitungsklage geht es aber darum, ob ein Interesse an verwaltungsgerichtlicher Feststellung vorhanden ist. Die Frage nach der Art des Interesses spielt keine Rolle.

Die weiteren Argumente, die für die Bejahung des Rechtsschutzbedürfnisses vorgebracht werden, sind prozeßökonomischer Natur.

19) Vgl. auch BVerwGE 2,229,232; Fenge, Diss. S.112 ff.

20) Vgl. Bergmann, Diss. S.152 f.; VerwArch 49 (1958),333,354 f.; Lorenz, Diss. S.123; Hufnagel, Anm.zu § 24; Hauelsen, NJW 52,913,915; Zweigert DV 49,525,527.

Es wird geltend gemacht: Die Vorbereitungsklage beschleunige und vereinfache häufig das gesamte Verfahren, da sie einer Aussetzung nach § 148 ZPO zuvorkomme²¹⁾.

Ein Zivilprozeß werde vermieden, wenn zwischen den Beteiligten nur die öffentlichrechtliche Vorfrage streitig sei²²⁾.

Der Kläger werde von der Erhebung der Zivilklage absehen, wenn er beim Verwaltungsgericht unterliege²³⁾.

Bei positivem Ausgang des Verwaltungsprozesses erhalte der Kläger zumindest Klarheit, daß die Zivilklage nicht an der öffentlichrechtlichen Vorfrage scheitern könne²⁴⁾²⁵⁾.

Das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den vor dem Zivilgericht zu verfolgenden Anspruch mag sich zwar um einige Zeit verkürzen, wenn die Vorbereitungsklage im Einzelfall tatsächlich einer Aussetzung zuvorkommt, nämlich um die Zeit, die bei einer sofortigen Klagerhebung im Zivilprozeß zwischen Klagerhebung und Aussetzung vergangen wäre. Demgegenüber führt die Vorbereitungsklage jedoch zu einer erheblich größeren Verlängerung und Verzögerung des gesamten Verfahrens, wenn das Zivilgericht bei einer sofort bei ihm erhobenen

21) Vgl. Bergmann, VerwArch a.a.O., S.350; Diss. S.142 f.

22) BVerwGE 9,196,199; BayVGH VerwRspr.9,638, 642 f.; Bergmann, VerwArch a.a.O., S.351.

23) Vgl. BVerwGE 6,347,348; Bergmann, Diss. S. 144 f.; VerwArch a.a.O.

24) Vgl. BVerwGE 9,196,198 f.; vgl. auch Hauelsen, NJW 52,913,916; Eyermann-Fröhler, §42 Rdnr. 104; BayVGH a.a.O.; WüBaVGH VerwRspr.4,840, 843 f.

25) Die Argumente sind teilweise abgewandelt worden, soweit sie sich speziell auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes beziehen (§113 I 4 VwGO). Vgl. auch unten Fußn.32 a.E.

Klage die Vorfrage selbst geprüft und beantwortet hätte. Das Verfahren verzögert sich dann um mindestens eine, im Höchstfall um drei Instanzen. Die Verdoppelung der Prozesse wird auch nicht dadurch ausgeglichen, daß der Zivilrichter inter partes an die rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Entscheidung gebunden ist²⁶⁾. Zwar mag hierdurch eine gewisse Entlastung des Zivilrichters eintreten, sodaß sich die Prozeßdauer des nachfolgenden Zivilprozesses verringert. Die Verfahrensdauer hängt aber nicht allein, in den höheren Instanzen noch nicht einmal maßgeblich, von der Schwierigkeit und der Anzahl der zu lösenden Rechtsfragen ab, da infolge der Überlastung insbesondere der zweiten und dritten Instanz jedes Verfahren - unabhängig vom Einzelfall - eine bestimmte Mindestzeit in Anspruch nimmt.

Selbst wenn die Wahrscheinlichkeit einer Aussetzung nach § 148 ZPO ebenso groß wäre wie die einer Nichtaussetzung, wäre demnach die mögliche Beschleunigung gegen die mögliche Verzögerung abzuwägen. Nach Tietgen²⁷⁾ ist zudem eine Aussetzung relativ selten, sodaß der Gesichtspunkt, die Vorbereitungsklage könne das Verfahren beschleunigen, noch bedeutungsloser wird.

Eine Verzögerung kann durch die Vorbereitungsklage allerdings dann nicht eintreten, wenn sich die Beteiligten nur um die Vorfrage streiten, im

26) Diese Bindungswirkung wird heute allgemein anerkannt. Vgl. BGHZ 9, 329, 332 f.; 10, 220, 225 f.; 20, 379, 382; Rosenberg, § 11 IV 3; Stein-Jonas, § 322 Anm. II 5 c; Ule, VWGO, § 43 Anm. I 3 b; Eyermann-Fröhler, § 121 Rdnr. 10 c, 11; Klinger, § 121 Anm. D 1; Koehler, § 121 Anm. VIII 2; Menger, VerwArch 50 (1959), 193, 202.

27) DVBl. 60, 261, 266.

übrigen aber zwischen ihnen über den zivilgerichtlich zu verfolgenden Anspruch keine Meinungsverschiedenheiten bestehen. Bei einer solchen Sachlage ist mit dem Abschluß des Verwaltungsprozesses der Streit der Beteiligten beendet. Hier ist das Rechtsschutzinteresse für eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zu bejahen²⁸⁾. Es handelt sich hier auch nicht eigentlich um eine Vorbereitungsklage, da der Kläger die verwaltungsgerichtliche Klage nicht vor, sondern statt einer zivilgerichtlichen Klage erhebt.

Das gesamte Verfahren wird im Ergebnis zwar auch dann nicht verlängert, wenn der Kläger nach einem für ihn ungünstigen Ausgang des Verwaltungsprozesses von einer zivilgerichtlichen Klage absieht. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Vorbereitungsklage kann aber nicht von ihrer Begründetheit oder Unbegründetheit abhängig gemacht werden. Die bloße Möglichkeit des Absehens für den Fall des ungünstigen Ausgangs kann ebenfalls nicht genügen, da hierbei auf einen zu unsicheren Umstand abgestellt würde.

Auf das Argument, der Kläger erhalte bei einem für ihn positiven Ausgang des Verwaltungsprozesses wenigstens Klarheit darüber, daß an der öffentlichrechtlichen Vorfrage der Zivilprozeß nicht scheitern könne, ist dem Sinn nach schon oben eingegangen worden, da dieses Argument an die Bindungswirkung der verwaltungsgerichtlichen Urteile anknüpft. Es bleibt noch zu erörtern, ob das Feststellungsurteil wirklich einen wesentlichen Teil des Zivilprozesses vorab klärt.

28) So auch HessVGH DVBl.64,597 ff.

Das Zivilgericht ist nicht gehindert, die bei ihm erhobene Klage trotz der Bindungswirkung abzuweisen, wenn die sonstigen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs fehlen; z.B. die Amtspflichtverletzung, das Verschulden oder der Schaden in dem oben²⁹⁾ erwähnten Fall, daß zur Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses auf Feststellung des Bestehens eines Anstaltsnutzungsverhältnisses geklagt wird. Das verwaltungsgerichtliche Urteil wird daher nicht selten auf das Zivilurteil ohne jeden Einfluß bleiben. Um dies zu verhindern, müßte das Verwaltungsgericht im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses die Aussichten des Zivilprozesses und damit sämtliche Anspruchsvoraussetzungen prüfen. Tatsächlich verfahren diejenigen Verwaltungsgerichte, die die Vorbereitungsklage zulassen, auch in dieser Weise³⁰⁾. Die Prüfung der Erfolgsaussichten verringert aber lediglich die Gefahr, daß sich das verwaltungsgerichtliche Urteil als völlig überflüssig erweist, ohne sie beseitigen zu können. Einmal kann das Verwaltungsgericht im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen nur global und überschlägig prüfen, zum anderen ist das Zivilgericht an die Rechtsauffassungen des Verwaltungsgerichts zu diesen Punkten nicht gebunden³¹⁾.

Das Rechtsschutzbedürfnis für die Vorbereitungsklage kann daher auch nicht mit prozeßökonomischen Erwägungen begründet werden.

29) S. 62 f.

30) Vgl. z.B. BVerwGE 9, 196, 199; 10, 274, 276; DVBl. 60, 641; BSGE 8, 178, 183 f.

31) Vgl. hierzu Tietgen, DVBl. 60, 261, 267 f.

4. Alle Argumente, die dafür vorgebracht werden, daß trotz der Vorfragenkompetenz der Zivilgerichte ein Rechtsschutzinteresse für die Vorbereitungsklage bestehe, vermögen somit nicht zu überzeugen. Die vorstehenden Ausführungen haben vielmehr gezeigt, daß die sofortige und unmittelbare Anrufung des Zivilgerichts den Rechtsschutz des Klägers nicht beeinträchtigt, daß sie darüberhinaus regelmäßig zu einer schnelleren Entscheidung über den verfolgten Anspruch führt, während die Vorschaltung des Verwaltungsgerichts die Gefahr einer erheblichen Verzögerung und die Gefahr, daß sich das verwaltungsgerichtliche Urteil als völlig überflüssig erweist, in sich trägt.

Ein Interesse an der Vorbereitung eines Zivilprozesses durch eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage kann nach allem nicht anerkannt werden. Eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, die lediglich der Vorbereitung eines Zivilprozesses dienen soll, ist daher unzulässig³²⁾.

32) Ebenso:

Ule, VwGO, § 43 Anm. I 3 b; Menger, System, S. 246 f.; VerwArch 48 (1957), 166, 172 f.; abweichend VerwArch 50 (1959), 193, 201 ff.; Koehler, § 43 Anm. IX 1; Tietgen, DVBl. 58, 715 ff. u. DVBl. 60, 261 ff.; Müller, Kl., DÖV 65, 38, 43 f.; Obermayer, Grundzüge, S. 126; De Clerck, DÖV 54, 525 f.; Czermak, NJW 61, 2228 f.; Soergel-Siebert I, Einleitung Rdnr. 49; Oppermann, NJW 53, 1819 f.; Meyer, DVBl. 56, 190; Müller, Fr., ZMR 52, 226, 228; Hess VGH (4. Senat) DVBl. 64, 597 ff.; OVG Münster AS 2, 2, 5; DVBl. 51, 145; NJW 52, 951; AS 7, 170, 174; ZMR 57, 248 f.; NJW 59, 2035 f.; ZMR 59, 282 f.; OVG Berlin BB 57, 592; ZBR 58, 353 unter Aufgabe seiner früheren Auffassung in AS 2, 13 ff.; zweifelnd schon in AS 4, 17 ff.; OVG Koblenz AS 6, 151, 154 f.; OVG Hamburg MDR 52, 251 f. unter Aufg. sein. fr. Auff. in MDR 49, 506 f.; Bad. VGH DÖV 50, 596; WüBaVGH Senat Karlsruhe VerwRspr. 10, 228, 230 ff. unter Aufg. sein. fr. Auff. in VerwRspr. 4,

840,843 f.; VerwRspr.4,588,591; BayVGH BayVBl.56,251 f.; Bez.VG Berlin brit.Sektor DV 49,523,525; VG Stuttgart DÖV 49,160; VG Frankfurt/M DVBl.62,495; früher auch der 5. Senat des BVerwG, vgl.die Entscheidungen E 2,142,143 f.; ZMR 55,382; E 3,67 f.; ZMR 56, 179,180; ZZP 69,317,318 f.; DVBl.57,58 f. Dagegen halten die Vorbereitungsklage für zulässig: Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr.104, § 43 Rdnr.12; Klinger, § 43 Anm.D 1 c; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm.19 i.V.mit § 113 Anm.13; Haueisen,NJW 52,913,915 f.; Zweigert, DV 49,525,526 f.; Naumann,R.,DVBl.51,140,141 u.DVBl.54,333,334; Bachof, MDR 50,375 f.; Ipsen,MDR 49,507;Tiedau, JR 52,263 f.; Hufnagl, Anm.zu § 24; Baring, BayVBl.57,1,3; Arndt,DVBl.59,143; Stern, JuS 65,232,235;Peters-Sautter-Wolff, § 55 Anm. 6 c; Bergmann, Diss.S.141 ff.;VerwArch 49(1958), 333,349 ff.; NJW 59,500,501; Fenge, Diss.S.112 ff.;Hasselbach, Diss.S.77 ff.; Lorenz, Diss.S. 123 ff.; der 1.Senat des BVerwG in DÖV 64,171, unentschieden noch in DVBl.58,714; der 3.Senat in NJW 61,1942; der 5.Senat seit der Entscheidung E 4,177,179, ausführlich dann in E 9,196 ff.; der 6.Senat in E 6,347 f.; der 8.Senat in DVBl.60,641; wohl auch der 7.Senat in E 10,274, 276 (diese Entscheidung betrifft allerdings eine Verpflichtungsklage), unentschieden noch in NJW 58,312,314 (insoweit in E 5,334 ff. nicht abgedruckt); auch der 2.Senat neigt der Zulässigkeit der Vorbereitungsklage zu, vgl. E 2,229,232.

Für ihre Zulässigkeit treten in der Rechtsprechung weiter ein: OVG Lüneburg AS 3,211,213 f.; DÖV 54,511; BayVGH ZMR 56,319; ZMR 57,105; VerwRspr.9,638,641 ff.; VerwRspr.9,993 f.; NJW 59,2181 f.; WüBaVGH Senat Stuttgart DÖV 53,94; DÖV 57,217,219; VerwRspr. 9,906 ff.; BSGE 8,1,2; 8,178,182 f.; HessVGH (5.Senat) DÖV 65,429 f.

Die gegebenen Nachweise beziehen sich zum Teil auch oder nur auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes gem. § 113 I 4 VwGO. Sie lassen aber auch dann, wenn die Feststellungsklage nach § 43 VwGO nicht ausdrücklich erwähnt ist, erkennen, daß für diese nichts anderes gelten soll.

5. Eine grundlegend andere Situation liegt vor, wenn der Kläger unmittelbar beim Zivilgericht klagt, das Zivilgericht aber den Rechtsstreit aussetzt, um eine öffentlichrechtliche Vorfrage durch das Verwaltungsgericht klären zu lassen. Hier dient die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage nicht der Vorbereitung, sondern der Weiterführung eines Zivilprozesses. Da der Zivilrichter die öffentlichrechtliche Vorfrage nicht selbst prüfen und beantworten will, ist der Kläger auf eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung angewiesen. An der Zulässigkeit der Feststellungsklage können daher hier keine Zweifel bestehen³³⁾.
6. Unproblematisch ist die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage, wenn sie nicht, wie bisher vorausgesetzt, ausschließlich der Klärung einer öffentlichrechtlichen Vorfrage für einen Zivilprozeß dient, wenn vielmehr dem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis bzw. der Nichtigkeit des Verwaltungsaktes über den zivilgerichtlich zu verfolgenden Anspruch hinaus Bedeutung für den Kläger zukommt. In einem solchen Fall hat der Kläger ein Interesse an rechtskräftiger Feststellung, dem durch das Zivilgericht nicht abgeholfen werden kann³⁴⁾³⁵⁾.
-
- 33) So auch Ule a.a.O.; Menger, System, a.a.O.; Koehler a.a.O.; De Clerck a.a.O.; Müller, Fr., a.a.O.
Zu Unrecht hält Bergmann, Diss.S.157 f.; VerwArch a.a.O., S.357, dieses Ergebnis für inkonsequent; ähnlich Zweigert a.a.O.
- 34) Vgl. S.67f.dieser Arbeit.
- 35) Daß hier ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, ist allgemein anerkannt. Vgl. Ule a.a.O.; Menger, System, a.a.O.; Tietgen, DVBl.60,261, 262; Koehler a.a.O.; BVerwGE 2,229,232; OVG Hamburg MDR 52,251,252; OVG Koblenz a.a.O.; De Clerck a.a.O.

5. Abschnitt

Die Prozeßführungsbefugnis Rechtsfremder

1. Für die zivilprozessuale Feststellungsklage wird fast einhellig die Auffassung vertreten, das festzustellende Rechtsverhältnis brauche nicht zwischen den Parteien, sondern könne auch zwischen einer der Parteien und einem Dritten oder überhaupt zwischen Dritten bestehen. Erforderlich sei lediglich, daß der Kläger ein Feststellungsinteresse gerade gegenüber dem Beklagten habe¹⁾.

Die Literatur zur verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage²⁾ und die wenigen einschlägigen Verwaltungsgerichtsentscheidungen³⁾ folgen dieser Auffassung.

-
- 1) Vgl. Rosenberg, § 86 II 1 b; Stein-Jonas, § 256 Anm.II 3; Baumbach-Lauterbach, § 256 Anm. 2 B; Nikisch, S.152; RG Gruch.Beitr.68,333 f.; RGZ 128,92,94; 142,223,226; 146,290,294; 156, 193,200; 170,358,374; BGHZ 12,308,311; LM Nr.4 zu § 325 ZPO; Nr.25,34,59 zu § 256 ZPO; Nr.4 zu § 425 BGB; teilweise von der h.M.abweichend Henckel; S.86 ff., vgl.hierzu den oben folgenden Text; a.A.nur Wleczorek, § 256 Anm.B III a 1; für einzelne Beispiele auch Lücke, AöR 84, 185,208 f.FuBn.79.
 - 2) Vgl. Ule, VwGO, § 43 Anm.I 3 a; Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr.7; Klinger, § 43 Anm.C I 1 d; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm.7; Schunck-De Clerck § 43 Anm.2; Koehler, § 43 Anm.VI 2; Fenge, Diss. S.59,144; A.Naumann, Diss.S.34 f.; Lorenz, Diss. S.104 ff.; Bergmann, Diss.S.179 ff.; Kreutziger, Diss.S.45 f.
 - 3) Vgl. OVG Hamburg DÖV 52,155; DÖV 55,151,153; LVG Minden DVBl.51,448 f.; OVG Münster KStZ 59,33 f.

Es ist fraglich, ob dies zu Recht geschieht. Über die rechtssystematische Bedeutung der dargelegten Grundsätze besteht weitgehend Unklarheit. In der zivilprozessualen Literatur hat zum ersten Male Henckel⁴⁾ klar ausgesprochen, daß diese Grundsätze die Prozeßführungsbefugnis für die Feststellungsklage regeln⁵⁾. Wenn das festzustellende Rechtsverhältnis nicht zwischen den Parteien zu bestehen braucht, sondern zwischen einer von ihnen und einem Dritten oder zwischen Dritten bestehen kann, so wird damit den Parteien die generelle und nur durch das Erfordernis des Feststellungsinteresses eingeschränkte Befugnis erteilt, über fremde Rechtsverhältnisse, also über fremde Rechte und Pflichten zu prozessieren⁶⁾.

Es drängt sich nun sofort die Frage auf, worin diese Prozeßführungsbefugnis ihre Grundlage haben soll. Regelmäßig ist nämlich nur prozeßführungsbefugt, wer ein behauptetes Recht als eigenes in Anspruch nimmt bzw. gegen wen eine Rechts-

4) S.86 f.

5) Lüke, a.a.O., spricht bei den von ihm erörterten Beispielen von fehlender Klagebefugnis, ohne aber auf die h.M. und deren prozessuale Bedeutung einzugehen.

6) In der zivilprozessualen Literatur ordnen wohl auch Stein-Jonas, § 50 Vorbem.I 3 a,b, die oben dargelegten Grundsätze unter die Prozeßführungsbefugnis ein. In der verwaltungsprozessualen Literatur sprechen Fenge, Diss.S. 144 und Lorenz, a.a.O., ausdrücklich von einem Fall der Prozeßstandschaft. Bergmann, a.a.O., meint dagegen, die Parteien seien hier sachlegitimiert. Auch der BGH scheint die Sachlegitimation zu bejahen, vgl. LM Nr.4 zu § 325 ZPO u. BGHZ 12,308,310,314. Sachlegitimiert sind jedoch nur die Träger des streitigen Rechtsverhältnisses, niemals Dritte.

pflicht als eigene geltend gemacht wird⁷⁾. Die Befugnis zur Prozeßführung über fremde Rechte und Pflichten bedarf eines besonderen Grundes, einer besonderen Rechtfertigung⁸⁾.

In Betracht kommt hier nur eine Verleihung durch Gesetz. Da irgendwelche Normen außerhalb des § 256 ZPO bzw. des § 43 VwGO, aus denen sich eine Verleihung ergeben könnte, nicht ersichtlich sind, müßte sie durch § 256 ZPO bzw. durch § 43 VwGO selbst erfolgt sein. In der Tat berufen sich Stein-Jonas⁹⁾ darauf, daß § 256 ZPO die Feststellungsklage ganz allgemein gewähre, und in den Entscheidungen des OVG Hamburg und des LVG Minden heißt es, § 52 VO 165 enthalte keine Einschränkungen dahin, daß das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestehen müsse¹⁰⁾.

2. Was zunächst § 256 ZPO anlangt, so trifft es zwar zu, daß er die Prozeßführungsbefugnis Rechtsfremder nicht ausdrücklich ausschließt. Angesichts des allgemeinen Prinzips, daß grundsätzlich nur über eigene und gegen den Beklagten persönlich gerichtete Rechte prozessiert werden kann, bestand aber für einen ausdrücklichen Ausschluß kein Anlaß. Es hätte vielmehr umgekehrt nahe gelegen, eine ausdrückliche Bestimmung über die Prozeßführungsbefugnis in den § 256 ZPO aufzunehmen, wenn der Gesetzgeber diese bei der Feststellungsklage abweichend von den übrigen Klagearten hätte regeln wollen. Wenn § 256 ZPO dennoch dahin ausgelegt werden soll, er verleihe die Befugnis zur Prozeßführung über fremde Rechts-

7) Vgl. Lüke, ZZP 76, 1, 19; Rosenberg, § 45 II.

8) Vgl. Lüke a.a.O., S. 18; Rosenberg a.a.O.

9) § 256 Anm. II 3.

10) OVG Hamburg DÖV 55, 151, 153; LVG Minden a.a.O.

Verhältnisse, so müßte sich diese Auslegung aus dem besonderen Charakter der Feststellungsklage ergeben.

Das Reichsgericht argumentiert in Gruch.Beitr. 68,333 f. wie folgt: Es sei allgemein anerkannt, daß dingliche und sonstige absolute Rechte festgestellt werden könnten und daß auch der Streit zweier Forderungsprätendenten im Wege der Feststellungsklage ausgetragen werden könne. Hieraus lasse sich durch Verallgemeinerung schließen, daß jedes zwischen einer der Parteien und einem Dritten bestehende Rechtsverhältnis feststellbar sei, wenn der Kläger ein Feststellungsinteresse gerade gegenüber dem Beklagten habe¹¹⁾.

Daß dingliche und sonstige absolute Rechte feststellbar sind, ist zweifelsfrei. Wenn der Kläger auf Feststellung eines solchen Rechts klagt, so begehrt er aber nach der hier vertretenen Auffassung, daß Rechtsverhältnisse nur zwischen Personen bestehen können¹²⁾, in Wahrheit die Feststellung eines gegen den Beklagten gerichteten Anspruchs¹³⁾, sodaß ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien den Gegenstand des Rechtsstreits bildet. Nach der entgegengesetzten Auffassung, daß Rechtsverhältnisse auch zwischen einer Person und einer Sache oder einem unkörperlichen

11) Auf beide Fallgruppen weist auch Rosenberg, § 86 II 1 b, auf die erste Fallgruppe auch Stein-Jonas, a.a.O., hin. Die späteren Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs enthalten keine einschlägige Begründung mehr.

12) Vgl.S.10 dieser Arbeit.

13) Das absolute Recht ist nach dieser Auffassung gleichbedeutend mit der Summe der gegen Dritte gerichteten Ansprüche.

Gegenstand bestehen können, begehrt der Kläger bei einer Feststellungsklage über ein absolutes Recht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zwischen sich und der betreffenden Sache bzw. dem betreffenden Gegenstand, also eines Rechtsverhältnisses, an dem niemand als Verpflichteter beteiligt ist. Wenn die absoluten Rechte nicht der Feststellungsfähigkeit ermangeln sollen, zwingt dieser Rechtsverhältnisbegriff zwar dazu, hier einem Nichtverpflichteten die passive Prozeßführungsbefugnis zuzuerkennen. Der Satz, daß grundsätzlich nur derjenige passiv prozeßführungsbefugt ist, gegen den eine Pflicht als eigene geltend gemacht wird, bedarf dann der Ergänzung dahin, daß in den Fällen, in denen nach der Natur des Rechts ein Verpflichteter fehlt, die Klage gegen eine andere Person erhoben werden kann. Aus der Feststellbarkeit absoluter Rechte kann aber auch bei Zugrundelegung dieses Rechtsverhältnisbegriffs nicht geschlossen werden, daß auch dann, wenn ein Verpflichteter vorhanden ist, ein Dritter neben diesem passiv prozeßführungsbefugt sei, und erst recht nicht, daß ein Rechtsfremder die aktive Prozeßführungsbefugnis besitze.

Daß zwei Forderungsprätendenten einen Rechtsstreit gegeneinander führen können, ergibt sich aus §§ 64,75 ZPO und wird auch in § 660 Abs.II BGB vorausgesetzt. Da die anderen Klagearten hier nicht in Betracht kommen, muß die Feststellungsklage zulässig sein. Selbst wenn die Parteien sich hier über ein Rechtsverhältnis zu einem Dritten, nämlich dem Schuldner, streiten sollten, würde die Prozeßführungsbefugnis hier auf den Sondervorschriften der §§ 64,75 ZPO beruhen, sodaß allgemeine Schlüsse für die Gesamt-

heit der Feststellungsklagen nicht gezogen werden könnten. Die Forderungsprätendenten streiten sich aber überhaupt nicht über die Gläubiger-Schuldner-Beziehung. Sie sind sich vielmehr darüber einig, daß die Schuldnerpflicht besteht. Sie streiten sich über die Inhaberschaft an der Forderung, über die Rechtszuständigkeit. Es handelt sich hierbei um eine Position, die einem absoluten Recht nahekommt, insbesondere wie ein solches grundsätzlich von jedermann zu achten ist¹⁴⁾. Gegenstand der Feststellungsklage ist daher auch hier ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien (die Rechtsinhaberschaft in ihrer Richtung gegen den Beklagten) oder ein Rechtsverhältnis, an dem niemand als Verpflichteter beteiligt ist, (die Beziehung zwischen Kläger und Forderung), je nachdem welchem Rechtsverhältnissbegriff man folgt.

Auch aus der Zulässigkeit des Prätendentenstreits kann daher nicht mehr gefolgert werden als aus der Feststellbarkeit absoluter Rechte. Der Gedankengang des Reichsgerichts, aus beiden Fallgruppen sei im Wege der Verallgemeinerung zu schließen, daß jedes zwischen einer der Parteien und einem Dritten bestehende Rechtsverhältnis - ein Feststellungsinteresse vorausgesetzt - festgestellt werden könne, vermag somit nicht zu überzeugen.

Henckel, der der h.M. nur für die Prozeßführungsbefugnis des Beklagten in vollem Umfang folgt, meint, das Rechtsschutzziel der Feststellungsklage lasse sich auch erreichen, wenn die Klage

14) Vgl. Larenz, Schuldrecht I, S.12,342; Westermann, S.8 f.; a.A. Enneccerus-Lehmann, S.2.

nicht gegen das passive Subjekt des Rechts erhoben werde¹⁵⁾. Ob das Rechtsschutzziel auch bei einer Klage gegen Dritte erreicht werden kann, ist aber nicht entscheidend und mag daher dahingestellt bleiben. Wenn § 256 ZPO dahin ausgelegt werden soll, er verleihe stillschweigend die Prozeßführungsbefugnis über fremde Pflichten, so müßte sich das Rechtsschutzziel der Feststellungsklage nur bei Anerkennung einer solchen Prozeßführungsbefugnis erreichen lassen. Hiervon kann jedoch keine Rede sein.

Bezüglich der Prozeßführungsbefugnis des Klägers hat auch Henckel Bedenken, ob die Unterschiede zwischen der Leistungsklage und der Feststellungsklage die Grundsätze der h.M. rechtfertigen. Er entwickelt hier folgende abweichende Auffassung¹⁶⁾. Bei der Leistungsklage sei stets der streitige Anspruch Objekt des Rechtsschutzes. Die Feststellungsklage bezwecke dagegen nicht notwendig den Schutz des festzustellenden Rechtsverhältnisses. Wer fremde Rechte feststellen lasse, könne damit auch ausschließlich eigene Rechte schützen wollen. Das Recht, das Objekt des Rechtsschutzes sei, müsse nicht identisch sein mit dem Recht, das festgestellt werden solle. Die Frage nach der richtigen Partei knüpfe nicht an das festzustellende, sondern an das zu schützende Recht an. Klagebefugt sei nicht jeder, der ein Feststellungsinteresse habe, sondern nur der, der über das Rechtsschutzobjekt prozeßführungsbefugt sei. Unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sei, bestimme sich nach denselben Grundsätzen wie bei der Leistungsklage.

15) S.90 f.

16) S.87 ff.

Diese Auffassung, die sich im Ergebnis nicht weit von der h.M. entfernt, vermag ebensowenig zu überzeugen wie diese. Henckel beantwortet die entscheidenden Fragen nicht, warum das festzustellende und das zu schützende Recht auseinander fallen können und warum die Klagebefugnis an das letztere anknüpfen soll. Er begnügt sich mit der Anführung von Beispielen aus der Rechtsprechung, obwohl es gerade darum geht, zu untersuchen, ob diese Rechtsprechung zutreffend ist. Will der Kläger ein eigenes Recht schützen, so mag er dieses Recht feststellen lassen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum er zum Schutze dieses Rechts die Feststellung eines anderen, fremden Rechts soll begehren können. Henckel räumt übrigens selbst ein, bei einem Auseinanderfallen von Feststellungs- und Rechtsschutzobjekt sei vielfach das Feststellungsinteresse fraglich¹⁷⁾.

Spricht somit nichts dafür, daß § 256 ZPO dahin auszulegen ist, er verleihe die Prozeßführungsbefugnis über fremde Rechte und Pflichten, so spricht schließlich noch folgende Erwägung gegen diese Auslegung. Wäre die Feststellungsklage über fremde Rechtsverhältnisse zulässig, so könnte anstelle einer mangels Prozeßführungsbefugnis unzulässigen Leistungsklage eine Feststellungsklage erhoben und auf diesem Umweg eine Sachentscheidung erzwungen werden. In einem Einzelfall hat der Bundesgerichtshof diese Gefahr erkannt, als ein Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Feststellung einer Gesellschaftsforderung begehrte. Der Bundesgerichtshof ist hier von dem Grundsatz, daß jeder, der ein Feststellungsinteresse besitze, die Feststellungskla-

17) S.90.

ge erheben könne, abgewichen und hat die Klagebefugnis für die Feststellungsklage davon abhängig gemacht, daß der Gesellschafter für eine entsprechende Leistungsklage klagebefugt sei¹⁸⁾.

Insgesamt ergibt sich daher, daß bereits § 256 ZPO nicht dahin ausgelegt werden kann, er verleihe die Prozeßführungsbefugnis über fremde Rechte und Pflichten.

3. Für § 43 VwGO kann die Antwort nicht anders lauten. Hier kommt sogar noch ein Gesichtspunkt hinzu. Wenn es in § 43 II VwGO heißt, die Feststellung könne nicht begehrt werden, wenn der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können, so gibt das Gesetz zumindest für die aktive Prozeßführungsbefugnis klar zu erkennen, daß es voraussetzt, daß die grundsätzliche Beschränkung der Prozeßführungsbefugnis auf die Rechtsträger auch für die Feststellungsklage gilt¹⁹⁾. Die Annahme, § 43 VwGO verleihe die Prozeßführungsbefugnis über fremde Rechte und Pflichten, ist daher noch weniger gerechtfertigt als bei § 256 ZPO.

18) BGHZ 12,308,310 f., 314. Der Bundesgerichtshof spricht allerdings unzutreffend von "Sachlegitimation" für die Feststellungsklage. Vgl. hierzu oben Fußn.6.

19) Die Möglichkeit einer gewillkürten Prozeßstandschaft wird dadurch nicht berührt, da es hier nur um die Prozeßführungsbefugnis kraft Gesetzes geht.

6. Abschnitt

Die Zwischenfeststellungsklage

Gem. § 280 ZPO kann im Zivilprozeß im Laufe eines bereits anhängigen Rechtsstreits eine Zwischenfeststellungsklage erhoben werden. Gegen die entsprechende Anwendung dieser Bestimmung im Verwaltungsprozeß gem. § 173 VwGO bestehen keine Bedenken. Der gesetzgeberische Grund für die Zulassung der Zwischenfeststellungsklage im Zivilprozeß, die Beschränkung der Rechtskraft auf die Entscheidung über den Streitgegenstand, trifft auch auf den Verwaltungsprozeß zu, § 121 VwGO¹⁾.

Lediglich für die Zwischenfeststellungswiderklage ist eine Einschränkung zu machen. Gem. § 89 Abs.II VwGO ist bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen eine Widerklage ausgeschlossen. Dieser Ausschluß muß auch für die Zwischenfeststellungswiderklage gelten²⁾.

Gegenstand der Zwischenfeststellungsklage ist

-
- 1) Die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage im Verwaltungsprozeß wird allgemein befürwortet. Vgl. Ule, VwGO, § 43 Anm.I 1 d; Eyermann-Fröhler, § 43 Rdnr.1; Koehler, § 43 Anm.IV; Klinger, § 43 Anm.G; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm.26. Aus der Zeit vor Inkrafttreten der VwGO vgl. Bergmann, DÖV 59,570,573 f.; Menger, System, S.247 f.; LVG Rheinl.Pf.DVB1. 52,542; Fenge, Diss.S.149.
- 2) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 89 Rdnr.2.

ein Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder teilweise abhängt. Das Rechtsverhältnis kann vor oder nach Klageerhebung streitig geworden sein. Ein besonderes Feststellungsinteresse ist nicht erforderlich. Die Zwischenfeststellungsklage kann durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung oder schriftlich erhoben werden. Der Feststellungsantrag kann auch bereits in der Klageschrift enthalten sein. Wegen der Einzelheiten wird auf die in der zivilprozessualen Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze verwiesen³⁾.

7. Abschnitt

Die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes nach § 113 Abs.I S.4 VwGO

1. Gem. § 113 I 4 VwGO kann der Anfechtungskläger nach Erledigung des angefochtenen Verwaltungsaktes den Antrag stellen, das Gericht möge aussprechen, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sei¹⁾. Der Antrag ist nur zulässig, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser

3) Vgl. Rosenberg, § 92 III; Stein-Jonas, § 280 Anm.II,III; vgl. auch S. 68 f.dieser Arbeit.

1) Vorbild für § 113 I 4 VwGO waren § 79 I 2 südd. VGG, § 75 I 2 VO 165, § 79 I 2 VGG Bad.Württ., § 65 I 2 VGG Saarland.

Feststellung hat. Die Entscheidung ergeht durch Urteil.

Diese Regelung, daß auf einen besonderen Antrag hin ein Feststellungsurteil ergeht, bedeutet, daß der Kläger von einer Anfechtungsklage zu einer Feststellungsklage übergehen kann²⁾. Es liegt an sich eine Klageänderung³⁾ vor, die jedoch nach der im Verwaltungsprozeß entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 268 Nr.3 ZPO nicht als Klageänderung im Sinne von § 91 VwGO anzusehen ist⁴⁾, da der Kläger wegen einer eingetretenen Veränderung - der Erledigung des angefochtenen Verwaltungsakts - statt der ursprünglich geforderten Aufhebung die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts beantragt. Die Klage nach § 113 I 4 VwGO ist eine Feststellungsklage eigener Art, die der Klagenorm des § 43 VwGO nicht entspricht. Während gem. § 43 VwGO die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines

-
- 2) Für Übergang zur Feststellungsklage treten ein: Schunck-De Clerck, § 113 Anm.2 c,bb;Redeker-v. Oertzen, § 43 Anm.14; Eyermann-Fröhler, § 113 Rdnr.40, mit der nicht ganz verständlichen Einschränkung, daß sich die Klage materiell - nicht prozessual - in eine Feststellungsklage verwandele; Obermayer, BayVBl.60,208,209;Grundzüge,S.125 f.(dort aber auch die Terminologie:nachträgliche Anfechtungsklage); Müller,Kl.,DÖV 65,38 ff.; Bergmann, Diss.S.215 ff.; VerwArch 49(1958),333,358 f.; Fenge, Diss.S.47 ff.;R.Naumann,DVB1.51,140; Lerche, DÖV 54,712,714;Müller,Fr.,ZMR 52,226; Schüffner, DÖV 52,455 u.458;BVerwG NJW 58,312,314;DVB1.64,278; OVG Münster NJW 55,197 f.; WüBaVGH VerwRspr.9,554,557; VerwRspr.10,228,230; BayVGH VerwRspr.9,993.
- 3) Wechsel des Streitgegenstandes, vgl. oben S.61.
- 4) Ebenso: Eyermann-Fröhler, § 113 Rdnr.40 und § 91 Rdnr.7; Redeker-v.Oertzen, § 113 Anm.12 und § 91 Anm.2.

Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes begehrt werden kann, ist Gegenstand der Feststellung nach § 113 I 4 VwGO die Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes. Der Gesetzgeber hätte zwar auch anordnen können, daß der ehemalige Beseitigungsanspruch oder die Nichtberechtigung der Behörde zum Erlaß des Verwaltungsakts festzustellen sei, dann würde es sich um die Feststellung von - allerdings vergangenen - Rechtsverhältnissen handeln. Der Gesetzgeber hat dies jedoch nicht getan, genauso wenig wie er die Anfechtungsklage als Leistungsklage konstruiert hat. M.E. ist es nicht möglich, sich im Falle des § 113 I 4 VwGO über die gesetzliche Konstruktion hinwegzusetzen, daß die Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts und nicht die Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses zu treffen ist. Wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt⁵⁾, muß die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit bei der Konstruktion der Klagen respektiert werden.

Um den Unterschied zwischen § 43 und § 113 I 4 VwGO hervorzuheben, wird im folgenden die Bezeichnung "Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage" verwandt. Die von Bergmann⁶⁾ und Obermayer⁷⁾ gewählte Bezeichnung "besondere Feststellungsklage" kann den Anschein erwecken, die Klage nach § 113 I 4 VwGO sei ein Spezialfall der Klage nach § 43 VwGO. Zur Betonung der Eigenständigkeit des § 113 I 4 VwGO ist jedoch nicht die Annahme erforderlich, die Klage bleibe auch nach der Stellung des Fest-

5) S.41 f.

6) Diss. S.214 ff.; VerwArch 49(1958), 333, 358 ff.

7) Grundzüge, S.125.

stellungsantrags - entgegen der hier vertretenen Auffassung - Anfechtungsklage⁸⁾.

2. Die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage ist in direkter Anwendung des § 113 I 4 VwGO nur statthaft, wenn sich der Verwaltungsakt nach Erhebung der Anfechtungsklage erledigt⁹⁾. Daß § 113 I 4 VwGO allein so ausgelegt werden kann, folgt bereits daraus, daß das Gesetz die Erledigung des Verwaltungsaktes als Unterfall der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ansieht¹⁰⁾.

Es fragt sich aber, ob eine analoge Anwendung des § 113 I 4 VwGO auf Erledigung vor Klageerhebung möglich ist. Die Analogie kann entweder darin bestehen, daß auch nach Erledigung des Verwaltungsaktes noch die Anfechtungsklage zugelassen wird, die der Kläger eine juristische

8) So Menger, System, S.241; VerwArch 48(1957), 352,357; Koehler, § 113 Anm.D II 7; für Fortdauer der Anfechtungsklage auch Ule, VwGO, § 113 Anm.I 3 a; Klinger, § 113 Anm.C 1; Schlöschauer, AöR 79,185,202; van Gelder, JuS 65,89,91; wohl auch Meyer, DVBl.56,190,191; Klein, JuS 62,273,278, spricht von einer "unechten Feststellungsklage" als Unterfall der Anfechtungsklage.

9) Ebenso: Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr.103; Ule, VwGO, § 113 Anm.I 3 b; Koehler, § 113 Anm.D II 1; Schunck-De Clerck, § 113 Anm.2 c, aa u. cc; Redeker-v.Oertzen, § 113 Anm.12; Klinger, § 113 Anm.C 2 a; van Gelder, JuS 65,89,90; Bergmann, VerwArch a.a.O., S.365 f.; Diss. S.220 ff.; Schüffner, DÖV 52,455,458; Müller, Fr., ZMR 52, 226 ff.; Brauer, MDR 51,457; WuBaVGH VerwRspr. 3,385,386; VerwRspr.9,554,557; VerwRspr.:10,228, 229 f.; DÖV 57,217 f.; OVG Münster DVBl.55, 674 f.; AS 10,43,46; AS 12,112,114; AS 14,247, 249; BayVGH DÖV 50,724 (Nr.70); NJW 54,1382; OVG Lüneburg AS 3,211,212 f.; OVG Hamburg VerwRspr.4,882,886.

10) Vgl. § 161 II VwGO.

Sekunde später in eine Feststellungsklage (die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage) umwandeln kann, oder darin, daß die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage hier sofort - ohne Vorschaltung der Anfechtungsklage - zugelassen wird. Ein Bedürfnis für eine Analogie ist gegeben. Der Kläger hat keinen Einfluß darauf, zu welchem Zeitpunkt sich der Verwaltungsakt erledigt. Beispielsweise wird bei einem kurzfristig ausgesprochenen Versammlungsverbot die Erledigung meist noch am Tage des Verbotserlasses eintreten. Die Gewährung von Rechtsschutz darf nicht von Zufälligkeiten abhängig gemacht werden, die allein in der Sphäre der Verwaltung oder in der Natur der geregelten Angelegenheit liegen¹¹⁾.

Welche der beiden oben aufgezeigten Analogiemöglichkeiten verdient nun den Vorzug? Gegen die erste Möglichkeit spricht einmal, daß die Anfechtungsklage einen noch bestehenden Verwaltungsakt, zumindest die schlüssige Behauptung eines solchen voraussetzt¹²⁾. Weiterhin wäre die Erhebung einer Anfechtungsklage angesichts des unmittelbar anschließenden Übergangs zur Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage eine leere Formalität. Sinnvoll ist daher allein die zweite Möglichkeit, die Zulassung der Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage ohne Vorschaltung der Anfechtungsklage¹³⁾¹⁴⁾.

11) Vgl. BVerwG NJW 58,312,314.

12) Vgl. Lücke, AöR 84,185,205,207.

13) Ebenso: Ule, VwGO, § 113 Anm.1 3 b; Schunck-De Clerck § 113 Anm.2, c, cc; Lerche, DÖV 54, 712, 715 (FuBn.31); Bergmann, VerwArch a.a.O., S.366 f.; Obermayer, BayVBl.60,208,210 f.; Grundzüge, S.127; Stern, JuS 65,183,188; OVG Koblenz AS 6,391 ff.; OVG Berlin BB 57,592; VG Düsseldorf DAR 61,122 f.

Bei vielen Befürwortern einer analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO ist nicht mit Sicherheit zu erkennen, für welche Möglichkeit sie

Dieser Lösung steht auch nicht entgegen, daß § 113 I 4 VwGO nur eine Klage innerhalb eines schon anhängigen Prozesses gewährt. Dieser Umstand fällt gegenüber der Tatsache, daß es sich um eine Klage und nicht nur um einen Antrag innerhalb des Anfechtungsverfahrens handelt, nicht ins Gewicht. Auf Art. 19 IV GG und § 40 VwGO braucht nicht zurückgegriffen zu werden. Auch ist es unerheblich, ob sich der Verwaltungsakt vor oder nach Einlegung des Widerspruchs erledigt¹⁵⁾.

Die unmittelbare Zulassung der Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage wirft die Frage auf, ob diese

sich entscheiden. Vgl. Menger, VerwArch 48 (1957), 352, 357 f.; Mang, BayVB1. 55, 241 f.; Wittig, BayVB1. 64, 394 ff.; BVerwG a.a.O. und E 12, 87, 90 = DVBl. 61, 444, 445. In der zweiten Entscheidung spricht das BVerwG von einem Feststellungsverfahren (insoweit in E 12, 87, 90 nicht abgedruckt); WüBaVGH DÖV 57, 217, 218 f. Für die erste Möglichkeit: Eyermann-Fröhler, § 42 Rdnr. 102 f.; § 113 Rdnr. 51, die aber die Formulierung Anfechtungsklage (materiell Feststellungsklage) verwenden; Lorenz, Diss. S. 175; BayVGH VerwRspr. 12, 753 ff.; das OVG Münster, AS 16, 205, 208, spricht von einer Anfechtungsklage mit dem Antrage nach § 113 I 4 VwGO. Gegen jede Analogie: Redeker-v.Oertzen, § 113 Anm. 16; Koehler, § 43 Anm. VI 3 u. a. a. O.; Meyer a. a. O.; OVG Hamburg a. a. O.; früher das OVG Münster, vgl. AS 10, 43, 46; AS 12, 112, 114 f.; AS 14, 247, 249 f.

- 14) Verschiedentlich wird versucht, hier die Feststellungsklage nach § 43 VwGO zuzulassen: Klinger, § 113 Anm. C 2 b u. FuBn. 7 zu § 43 Anm. C I 1 f.; Schöffner a. a. O.; R. Naumann, DVBl. 51, 140 f.; Haueisen, NJW 52, 913 f.; OVG Lüneburg a. a. O. S. 213 f.; WüBaVGH VerwRspr. 9, 554, 558; VerwRspr. 10, 228, 230. Hiergegen mit Recht WüBaVGH DÖV 57, 217, 218; Ule a. a. O.; Bergmann a. a. O.
- 15) A. A. van Gelder, JuS 65, 89, 91, mit Rücksicht auf seine abweichende Auffassung über die Rechtsnatur des Antrags nach § 113 I 4 VwGO, vgl. oben FuBn. 8.

Klage¹⁶⁾ wie die Anfechtungsklage an Vorverfahren und Klagefrist gebunden ist. Diese Frage wird von Obermayer¹⁷⁾ und Wittig¹⁸⁾ bejaht, dagegen von Ule¹⁹⁾ verneint²⁰⁾. Van Gelder²¹⁾ hält nur die Einhaltung der Klagefrist, nicht aber das Vorverfahren für notwendig, falls sich der Verwaltungsakt vor Einlegung des Widerspruchs erledigt.

Ule begründet seine Auffassung damit, da es sich hier um eine Feststellungsklage handle, könnten die Vorschriften über Vorverfahren und Klagefrist nicht anwendbar sein. Ein Vorverfahren habe auch keinen Sinn, weil sein Ziel, die Aufhebung des Verwaltungsaktes, nicht zu erreichen sei.

Aus der Rechtsnatur der sofortigen Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage als Feststellungsklage folgt keineswegs zwingend, daß sie nicht an Vorverfahren und Klagefrist gebunden sein kann. Die Verwaltungsgerichtsordnung schreibt zwar nur für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage diese Prozeßvoraussetzungen vor. Der Gesetzgeber hat dabei aber nur die ausdrücklich von ihm geregelten Klagen im Auge gehabt. Ob auf eine Klage, die

16) Sie wird im folgenden sofortige Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage genannt werden.

17) BayVBl. 60, 208, 212 u. FuBn. 25; Grundzüge, S. 139.

18) a.a.O.; ebenso Eyermann-Fröhler, § 113 Rdnr. 51, von deren Standpunkt aus (vgl. oben FuBn. 13) unproblematisch.

19) a.a.O.

20) Das BVerwG hat die Frage in der Entscheidung DVBl. 61, 444, 445 offengelassen (insoweit in E 12, 87, 90 nicht abgedruckt).

Schüffner a.a.O. will die von ihm für zulässig gehaltene Klage nach § 43 VwGO (vgl. oben FuBn. 14) an die Anfechtungsfrist binden.

21) a.a.O., S. 91 f.

erst von der Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden ist, die Vorschriften über Vorverfahren und Klagefrist entsprechende Anwendung finden können, läßt sich nur aus der gesamten Interessenlage beantworten, insbesondere danach, ob diese Klage der Anfechtungsklage (bzw. Verpflichtungsklage) oder einer der anderen in der VwGO ausdrücklich geregelten Klagen näher steht. Die sofortige Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage ist in Analogie zur nachträglichen Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage gebildet, die - wie bereits betont - deutlich von der Feststellungsklage nach §. 43 VwGO unterschieden werden muß. Während die nachträgliche Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage auf der Anfechtungsklage aufbaut, stellt die sofortige Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage einen Rechtsschutz an Stelle der nicht zulässigen Anfechtungsklage dar. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß die sofortige Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage der Anfechtungsklage näher als allen anderen in der Verwaltungsgerichtsordnung geregelten ursprünglichen²²⁾ Klagen steht.

Es kann Ule auch nicht zugegeben werden, daß das Vorverfahren bei der sofortigen Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage keinen Sinn habe. Eine wesentliche Aufgabe des Vorverfahrens - m.E. sogar die wesentlichste - ist es, eine Entlastung der Verwaltungsgerichte herbeizuführen²³⁾. Diese Aufgabe

22) Unter ursprünglichen Klagen werden Klagen verstanden, mit denen ein Prozeß beginnen kann.

23) Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf (§ 70), Bundestagsdrucksache 3. Wahlperiode Nr. 55, S. 38. Die zweite Aufgabe des Vorverfahrens, eine nochmalige Überprüfung des Verwaltungsaktes auch im Ermessenspunkt herbeizuführen, kann für den Gesetzgeber nicht im Vordergrund gestanden haben. Er hätte nämlich sonst auch bei Verwaltungsakten der obersten Bundes- und Landesbehörden das Vorverfahren vorschreiben müssen.

kann auch noch nach Erledigung des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Der Widerspruch ist daher entgegen van Gelder²⁴⁾ nicht notwendig unzulässig. Der Widerspruchsbescheid kann in entsprechender Anwendung von § 113 I 4 VwGO dahin lauten, daß die Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts festgestellt wird²⁵⁾. Auch insoweit spielt es keine Rolle, ob die Erledigung vor oder nach Widerspruchseinlegung eintritt.

Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Vorverfahren und Klagefrist auf die sofortige Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage ist demnach nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Für die entsprechende Anwendung spricht folgende Erwägung: Wäre diese Klage nicht an Vorverfahren und Klagefrist gebunden, dann wäre der Adressat eines Verwaltungsaktes, der sich vor Klagerhebung erledigt, besser gestellt als der Adressat eines Verwaltungsaktes, der sich nach Klagerhebung oder gar nicht erledigt²⁶⁾. Für eine solche Besserstellung besteht nicht der geringste Grund, sie wäre insbesondere damit unvereinbar, daß der in analoger Anwendung eines Rechtsatzes - hier des § 113 I 4 VwGO - gewährte Rechtsschutz nicht über den durch die Norm unmittelbar gewährten Rechtsschutz hinausgehen darf.

Die sofortige Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage ist daher ebenso wie die Anfechtungsklage nur nach vorherigem Vorverfahren und nur unter Ein-

24) a.a.O.

25) Ebenso Obermayer, Grundzüge, S. 140; Wittig a.a.O.

26) Diese Erwägung war für die frühere Ablehnung der analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO auf Erledigung vor Klagerhebung durch das OVG Münster ausschlaggebend, vgl. AS 14, 247, 249 f. Vgl. zur Klagefrist auch van Gelder a.a.O.

haltung der Klagefrist zulässig²⁷⁾.

3. Für die Verpflichtungsklage enthält § 113 IV VwGO keine dem § 113 I 4 VwGO entsprechende Regelung. Auch hier kann aber durchaus ein Interesse an einer Sachentscheidung bestehen, wenn sich der Verpflichtungsanspruch erledigt. Wie das Bundesverwaltungsgericht²⁸⁾ mit Recht ausführt, ist das "prozessuale Rechtsschutzgewährungsbedürfnis" im Fall des § 113 I 4 VwGO und bei einer Erledigung des Verpflichtungsanspruchs das gleiche. Insbesondere bedingen die verfahrensrechtlichen Unterschiede zwischen der Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage keine abweichende Bewertung der Interessenlage²⁹⁾. § 113 I 4 VwGO muß daher auch auf die Erledigung des Verpflichtungsanspruchs analog angewandt werden³⁰⁾, und zwar wiederum

27) Interessant ist übrigens, daß Ule a.a.O. mit Rücksicht auf die Kostenfolge des § 156 VwGO eine "Aufforderung", die Behörde möge die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes anerkennen, für notwendig hält. Damit führt er den Widerspruch in abgewandelter - allerdings nicht fristgebundener - Form wieder ein.

28) NJW 63,553 f.

29) Vgl. BVerwG a.a.O.; Müller, Kl., DÖV 65,38,40 ff.; a.A. Czermak, NJW 61,2228.

30) Ebenso: BVerwG a.a.O., außerdem in DVBl. 64, 278 und NJW 61,1942; OVG Münster AS 16,205, 207 f.; BayVGh NJW 59,2181 f.; Ule, VwGO, § 113 Anm.II; Studienbuch S.150 f.; Schunck-De Clerck, § 113 Anm.3 c; Eyermann-Fröhler, § 113 Rdnr.51 a,66 f.; Bachof, Vornahmeklage, S.59 f.; Schlochauer, AöR 79,185,202; Bergmann, VerwArch 49(1958),333,358 Fußn.76; Do-nau, NJW 55,197 f.; Klein, JuS 62,273,278; JuS 63,277,282; 480,485; Stern, JuS 65,306, 310 f.; Klinger, § 113 Anm.C 8; Obermayer, Grundzüge, S.127,147; Redeker-v.Oertzen, § 113 Anm.17,25; Menger, VerwArch 54(1963), 286,288 f.; Müller, Kl., a.a.O.; Bettermann, NJW 60,1081,1087.
A.A. Czermak a.a.O. und NJW 63,1027; wohl auch Koehler, § 113 Anm.D II 5.

ohne Rücksicht darauf, ob die Erledigung vor oder nach Klagerhebung eintritt³¹⁾).

Wie haben hier nun Klageantrag und Urteil zu lauten? Ist die Klage auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes zu richten³²⁾, oder kann der Kläger statt dessen oder zusätzlich die Feststellung begehren, daß der Beklagte zum Erlaß des beantragten Verwaltungsaktes verpflichtet gewesen sei³³⁾? Der Sache nach bedeutet dies dann einen Unterschied, wenn noch weitere (rechtmäßige) Ablehnungsgründe denkbar waren, wenn also mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit nur teilweise (qualitativ) über den früheren Verpflichtungsanspruch entschieden ist³⁴⁾.

Die Klage nach § 113 I 4 VwGO ist eine Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage, demgemäß muß auch eine Klage, die in Analogie zu § 113 I 4 VwGO zugelassen wird, diesen Charakter haben. Eine Klage auf Feststellung, daß die Behörde zum Erlaß des beantragten Verwaltungsaktes verpflichtet gewesen sei, hat diesen Charakter nicht. Sie ist vielmehr auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, und zwar eines vergangenen Rechts-

31) Ebenso: OVG Münster a.a.O.; Ule, VwGO, a.a.O.; Stern, JuS, 65,183,188; Menger a.a.O.

32) So die in Fußn.30 zitierten Entscheidungen und Schriftsteller mit Ausnahme der in Fußn. 33 angegebenen. Bei Donau a.a.O. findet sich keine Stellungnahme, bei Ule nur im Studienbuch a.a.O.

33) So Eyermann-Fröhler Rdnr.66 f.; BayVGh a.a.O.; BVerwG DVBl.64,278; Stern, JuS 65,306,310 f.; Obermayer a.a.O., S.127 f.; Klein, JuS 63,277, 282; 480,485; a.A. JuS 62,273,278 Fußn.119 a.E.

34) Vgl. Lüke, JuS 61,188,189 f.

verhältnisses gerichtet. Eine solche Klage könnte allenfalls nach § 43 VwGO zulässig sein, wenn man die Feststellbarkeit vergangener Rechtsverhältnisse entgegen der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung³⁵⁾ bejaht, nicht aber in Analogie zu § 113 I 4 VwGO³⁶⁾.

Klageantrag und Urteil können daher nur dahin lauten, daß die Rechtswidrigkeit der Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts festgestellt wird.

4. So unterschiedlich die Klagen nach § 43 und nach § 113 I 4 VwGO auch ihrem Gegenstand nach sind, so verlangt doch § 113 I 4 VwGO in fast wörtlicher Übereinstimmung mit § 43 VwGO "ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung". Diese Regelung des Rechtsschutzbedürfnisses weicht von § 43 VwGO, der "ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung" fordert, nur darin ab, daß das Merkmal "baldig" fehlt. Auf dieses Merkmal konnte der Gesetzgeber auch verzichten, weil bei der Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage nur fraglich sein kann, ob trotz der Erledigung noch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, nicht ob es schon gegeben ist.

Im übrigen sind an das Vorliegen des Feststellungsinteresses bei der Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage angesichts der klaren und eindeutigen Fassung des § 113 I 4 VwGO grundsätzlich die gleichen Anforderungen zu stellen wie bei

35) Vgl. S.31 ff.

36) In Literatur und Rechtsprechung geht allein Czermak, NJW 63,1027, der - wie erwähnt - die analoge Anwendung des § 113 I 4 VwGO ablehnt, den Weg über § 43 VwGO.

der Rechtsverhältnisfeststellungsklage und der Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 43 VwGO³⁷⁾³⁸⁾.

Da § 113 I 4 VwGO das Verhältnis der Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage zur Gestaltungs- und Leistungsklage nicht in einer ausdrücklichen Konkurrenzklausel regelt, muß das Feststellungsinteresse hier allerdings auch die Abgrenzungsfunktion gegenüber diesen Klagearten übernehmen, soweit sich die Abgrenzung nicht bereits daraus ergibt, daß die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage nur nach Erledigung eines Verwaltungsaktes bzw. eines Verpflichtungsanspruchs statthaft ist. Im Verhältnis zur Anfechtungs- und Verpflichtungsklage erübrigt sich daher eine Abgrenzung durch das Feststellungsinteresse.

Konkurrieren kann die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage vor allem mit der Unterlassungsklage, nämlich dann, wenn die Gefahr besteht, daß die Behörde einen gleichartigen Verwaltungsakt nochmals erläßt. Die Bestimmung des Verhältnisses

37) Ebenso: Eyermann-Fröhler, § 113 Rdnr.41; Klinger, § 113 Anm.C 5; Redeker-v.Oertzen, § 113 Anm.13.

38) Für das frühere Recht vertraten Fr.Müller, ZMR 52,226,229, und Schüffner, DÖV 52,455,456, andere Auffassungen. Müller meinte, die Rechtswidrigkeitsklage weise Ähnlichkeit mit der Zwischenfeststellungsklage auf, es genüge daher wie bei dieser ein "rechtsschutzwürdiges" Interesse. Schüffner war der Ansicht, ein besonderes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes sei überhaupt nicht erforderlich. Es genüge, wenn im Zeitpunkt der Erhebung der Anfechtungsklage das normale Rechtsschutzbedürfnis bestanden habe. Gegen Müller und Schüffner überzeugend Bergmann VerwArch a. a.O., S.363 ff., Diss.S.235 ff. Vgl. zum früheren Recht auch Bachof, VerfR, S.40.

beider Klagen nach den Grundsätzen des Feststellungsinteresses führt zu dem Ergebnis, daß die Möglichkeit der Erhebung der Unterlassungsklage die Zulässigkeit der Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage regelmäßig nicht berührt, da erwartet werden kann, daß die Behörde das Feststellungsurteil in zukünftigen gleichgearteten Situationen beachtet. Es wirkt sich hier der zivilprozessuale Grundsatz aus, daß die Leistungsklage die Feststellungsklage dann nicht verdrängt, wenn zu erwarten ist, daß der Beklagte seine Verpflichtungen allein auf Grund des Feststellungsurteils erfüllen wird³⁹⁾. Ob die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Sache nach auch die Feststellung des Unterlassungsanspruchs umfaßt, sodaß schon auf Grund der materiellen Rechtskraft eine Bindung der Behörde eintritt, mag dabei offen bleiben⁴⁰⁾.

Eine Konkurrenz der Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage mit der allgemeinen (positiven) Leistungsklage des Verwaltungsprozesses ist praktisch ausgeschlossen. In Betracht kommt hier höchstens ein Zusammentreffen mit einer Klage, mit der ein Schadenersatzanspruch aus der Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht geltend gemacht wird. Diese Klage wird die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage regelmäßig verdrängen, da mit der Bejahung der Rechtswidrigkeit der beamtenrechtlichen Maßnahme der Streit der Beteiligten über das Bestehen des Ersatzanspruchs in der Regel noch nicht beendet sein wird.

Von großer praktischer Bedeutung ist dagegen die

39) Vgl. S. 54 dieser Arbeit.

40) Vgl. hierzu Lücke, JZ 60, 203, 206, Fußn. 26; Rupp, AöR 85, 301, 314.

Frage nach dem Verhältnis der Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage zur zivilprozessualen Leistungsklage, insbesondere zur Amtshaftungsklage und zur Klage, mit der ein Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff verfolgt wird. Das bei der Feststellungsklage nach § 43 VwGO erörterte Problem, ob das Rechtsschutzinteresse gegeben ist, wenn der Verwaltungsprozeß ausschließlich der Vorbereitung eines Zivilprozesses dienen soll, wiederholt sich hier.

Das Rechtsschutzinteresse für eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO, die ausschließlich zu diesem Zweck erhoben wird, wurde in dieser Arbeit verneint⁴¹⁾. Es fragt sich, ob für die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage das gleiche gilt.

Eine unterschiedliche Beurteilung des Interesses an der Vorbereitung eines Zivilprozesses könnte sich daraus ergeben, daß mit der Klage nach § 113 I 4 VwGO die Feststellung der **R e c h t s w i d r i g k e i t** eines Verwaltungsaktes begehrt wird. Die Vorfragenkompetenz der Zivilgerichte ist nämlich bei Verwaltungsakten in der Regel auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob der Verwaltungsakt **n i c h t i g** ist. Diese Beschränkung ist eine Folge der Bindung des Zivilrichters an die Wirkungen des Verwaltungsakts. Sie greift daher auch nur ein, wenn die zivilrichterlichen Ansprüche gerade an diese Wirkungen anknüpfen. So hängt z.B. der Anspruch des Trägers der Sozialhilfe gegen den Schuldner des Hilfeempfängers von dem durch die Überleitungsanzeige bewirkten Forderungsübergang ab (§ 90 BSHG). Bei erledigten Verwaltungsakten

41) Vgl. S. 62 ff.

werden solche präjudiziellen Wirkungen allenfalls noch für die Vergangenheit in Betracht kommen.

Der Amtshaftungsanspruch und der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff knüpfen jedoch nicht an Wirkungen des Verwaltungsakts, sondern an seine Rechtswidrigkeit an. Für eine Beschränkung der Prüfungsbefugnis auf die Nichtigkeitsprüfung ist daher hier kein Raum⁴²⁾, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen rechtlich gebundenen Verwaltungsakt oder um eine Ermessensentscheidung handelt⁴³⁾.

Fraglich kann bei Ermessensentscheidungen allenfalls sein, ob die Zivilgerichte von ihrer Prü-

-
- 42) Die volle Prüfungsbefugnis des Zivilrichters im Amtshaftungsprozeß wird bejaht von: Rosenberg, § 11 IV 4; Stein-Jonas, Vorbem. II C 4 vor § 1; Soergel-Siebert I, Einleitung Bemerk. 128; Kreft in RGRK z. BGB § 839 Anm. 116; BGHZ 2, 209, 214; 9, 129, 132; VersR 63, 628, 629; Ule, VwGO, § 113 Anm. I 3 a; Studienbuch, S. 150; Eyermann-Fröhler, § 40 Rdnr. 26; Koehler, § 121 Anm. VIII 4 a; Bachof, JZ 52, 211, 212 f.; Jesch, Bindung, S. 144 ff.; De Clerck, DÖV 54, 525 f.; Lerche, DÖV 54, 712, 714 Fußn. 29; Schlochauer, AöR 79, 185, 193; Tiedau, JR 52, 263, 265 f., u. MDR 54, 267, 268 ff.; Bettermann, Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd. III 2, S. 779, 843, 902; Bergmann, VerwArch a.a.O., S. 345, Diss. S. 233; Tietgen, DVBl. 60, 261, 262; Loppuch, NJW 52, 1037 ff.; Nicklisch, S. 161 f.; BVerwGE 2, 142, 144, WüBaVGH DÖV 56, 477, OVG Hamburg MDR 52, 251. A.A. nur Hauelsen, NJW 52, 913, 915, NJW 53, 121 ff.
Für die Klage aus enteignungsgleichem Eingriff wird die volle Prüfungsbefugnis ebenfalls allgemein bejaht, soweit diese Klage überhaupt erwähnt wird. Vgl. Stein-Jonas a.a.O.; Soergel-Siebert a.a.O.; BGH LM Nr. 5 zu § 839 (C); Eyermann-Fröhler a.a.O.; Tietgen a.a.O.; Jesch a.a.O., S. 141.
- 43) Ausdrücklich ebenso: RGRK z. BGB a.a.O.; Bettermann a.a.O.; Tiedau a.a.O.; Jesch a.a.O., S. 144 ff.; Loppuch a.a.O.

fungsbefugnis Gebrauch machen. In den Jahren 1952 und 1954 haben Loppuch⁴⁴⁾ und Tiedau⁴⁵⁾ die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Amtshaftungsrecht dahin ausgelegt, daß dieser Ermessensakte nur auf solche Fehler prüfe, die zur Nichtigkeit führten. Ähnlich heißt es bei Bettermann⁴⁶⁾, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei viel zu eng und lasse einen weiten Bereich rechts- und pflichtwidrigen Amtshandelns haftungsfrei. Tietgen⁴⁷⁾ hat sich diesen Stimmen angeschlossen und bejaht aus diesem Grunde bei Ermessensakten ausnahmsweise ein Interesse an der Vorberereitung eines Zivilprozesses⁴⁸⁾.

Ansatzpunkt für die Auslegung, der Bundesgerichtshof überprüfe Ermessensakte nicht in vollem Umfang auf ihre Rechtmäßigkeit, ist die vom Reichsgericht entwickelte und noch heute vom Bundesgerichtshof verwandte Formel, der Beamte müsse "in so hohem Maße fehlsam gehandelt haben, daß seine Entscheidung mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings - d.h. jedem sachlich Beurteilenden ohne weiteres voll einleuchtend - unvereinbar sei"⁴⁹⁾.

Es ist zwar zuzugeben, daß diese Formel den An-

44) a.a.O.

45) MDR 54,267,268.

46) a.a.O., S.843.

47) a.a.O., S.268 f.

48) Vgl. auch Klein, JuS 62,307,309; BVerwG DVB1.63,519,520.

49) Vgl. RGZ 121,225,233; 135,110,117; 138,6,14; 138,259,263; 146,369,375; 147,179,183; 154, 144,153; BGHZ 2,209,214; 4,302,311 f.; 12,206,208; 21,256,260 f.; 22,258,263 f.; BGH LM Nr.5 zu § 14 Pr.PVG; Nr.3,25 und 27 zu § 839 BGB (Fg); BGH VersR 62,421,422.

schein erwecken kann, der Bundesgerichtshof überprüfe Ermessensakte nur auf Nichtigkeit hin. Aus BGHZ 4,10,23 ff. ergibt sich jedoch eindeutig, daß dies nicht der Fall ist. Hier ist ausgeführt, aus der Rechtsprechung zu § 839 BGB - der Bundesgerichtshof erwähnt in diesem Zusammenhang auch die Fehlsamkeitsformel - lasse sich nichts Positives für die Frage der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes gewinnen, da eine Amtspflichtverletzung durchaus nicht voraussetze, daß der Verwaltungsakt nichtig sei. Nichtigkeit liege nur bei "reiner Willkür", nicht schon bei Ermessensmißbrauch vor. Daß der Bundesgerichtshof Ermessensakte im Amtshaftungsrecht auf Ermessensmißbrauch und Ermessensüberschreitung überprüft, zeigt bereits die Entscheidung BGHZ 4,302,311 f. In dieser Entscheidung interpretiert der Bundesgerichtshof die Fehlsamkeitsformel dahin, ihre Voraussetzungen seien gegeben, wenn der Beamte "überhaupt keine Erwägungen angestellt" habe, wenn "sachfremde Erwägungen ausschlaggebend" gewesen seien oder wenn der Beamte "bewußt die rechtlich gezogenen Schranken überschritten" habe. In der Entscheidung BGHZ 22,258,263 f. wird die Fehlsamkeitsformel erstmals diesen Kriterien gegenübergestellt. Es heißt hier, eine dem entscheidenden Beamten vorwerfbare Verletzung des Ermessens liege vor, wenn der Beamte "willkürlich gehandelt, überhaupt keine sachlichen oder sachfremde Erwägungen angestellt oder die rechtlichen Schranken bewußt überschritten oder in so hohem Maße fehlsam gehandelt habe, daß seine Entscheidung mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings - d.h. jedem sachlich Beurteilenden ohne weiteres voll einleuchtend - unvereinbar sei". Die Fehlsamkeitsformel wirkt hier nur noch wie

ein an sich überflüssiger Zusatz, den der Bundesgerichtshof m.E. nur noch verwendet, um die Tradition zu wahren⁵⁰⁾. Daß der Bundesgerichtshof von bewußter Überschreitung der rechtlichen Schranken spricht, beruht darauf, daß er die objektive Amtspflichtverletzung nicht - zumindest nicht vollständig - von der schuldhaften Amtspflichtverletzung trennt, wie die Formulierung "vorwerfbare Verletzung des Ermessens" zeigt. In einer neueren Entscheidung⁵¹⁾ hat der Bundesgerichtshof im übrigen das Wort "bewußt" wegelassen. In dieser Entscheidung ist nur noch von Überschreitung und Mißbrauch des Ermessens die Rede⁵²⁾⁵³⁾.

Was den Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff betrifft, so prüft der Bundesgerichtshof auch hier eine Ermessensentscheidung daraufhin nach, ob die Behörde pflichtmäßig vorgegangen ist, ob sie ihre Ermessensfreiheit nicht mißbraucht hat⁵⁴⁾.

Das Rechtsschutzinteresse für eine Rechtswidrig-

50) Spätere Entscheidungen, die die Fehlsamkeitsformel ebenso wie BGHZ 22,258,263 f. als bloßen Zusatz verwenden, sind BGH LM Nr.27 zu § 839 BGB (Fg) und BGH VersR 62,421,422.

51) VersR 63,354 f.

52) Vgl. auch BGH LM Nr.26 und 28 zu § 839 BGB (B).

53) Zu Mißverständnissen Anlaß geben könnte die Entscheidung VersR 62,421,422, in der es u.a. heißt, eine zum Schadenersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung liege nicht in jedem Ermessensfehler, der Beamte müsse schwerwiegende Fehler begangen haben. Unter "nicht schwerwiegenden" Fehlern versteht der BGH keine Rechtsfehler, sondern Zweckmäßigkeitsmängel, wie aus den weiteren Ausführungen der Entscheidung hervorgeht.

54) LM Nr.5 zu § 839 BGB (C).

keitsfeststellungsklage zur Vorbereitung eines Amtshaftungs- oder Enteignungsprozesses kann daher weder mit einer eingeschränkten Prüfungsbefugnis des Zivilrichters noch damit begründet werden, der Zivilrichter mache von der ihm zustehenden Prüfungsbefugnis keinen Gebrauch⁵⁵⁾.

Das Interesse an der Vorbereitung eines Zivilprozesses könnte bei § 113 I 4 VwGO weiterhin deshalb anders als bei § 43 VwGO beurteilt werden, weil die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage - abgesehen von den Fällen der Erledigung vor Erhebung der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage - in einem bereits anhängigen Rechtsstreit erhoben wird. Das Bundesverwaltungsgericht führt hierzu in der Entscheidung BVerwGE 6,347,348 aus, es sei weder prozeßökonomisch verständlich noch mit dem wohlverstandenen Interesse des Klägers zu vereinbaren, den nunmehr der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes dienenden Prozeß nur mit einer Kostenentscheidung abzuschließen und den Kläger wegen derselben Rechtsfrage auf den Rechtsstreit vor den Zivilgerichten zu verweisen. In der Entscheidung BVerwGE 9,196,199 heißt es, der in dem einen Rechtsweg erworbene prozessuale "Besitzstand" müsse für die Beschreitung des anderen Rechtswegs erhalten bleiben, da der Amtshaftungsanspruch und die Klage auf Aufhebung eines Verwaltungsaktes im Grunde dem einheitlichen Begehren auf Beseitigung behördlichen Unrechts entsprängen und nur die Rechtswegregelungen eine Fortsetzung des Verfahrens nach Erledigung des Verwaltungsaktes etwa im Wege der Klageänderung verhinderten.

55) Ebenso Ule, VwGO, § 113 Anm. I 3 a, unter ausdrücklicher Ablehnung der Auffassung Tietgens a.a.O.

Fr. Müller⁵⁶⁾ macht in diesem Zusammenhang geltend, da ein Verfahren bereits anhängig sei, entstehe für das Verwaltungsgericht keine wesentliche Mehrarbeit⁵⁷⁾⁵⁸⁾.

Diesen Argumenten ist Tietgen⁵⁹⁾ entgegengetreten. Er weist mit Recht daraufhin, daß es für das Feststellungsinteresse nur auf das zu erlassende Urteil, nicht auf die geleistete Vorarbeit ankommen kann, daß außerdem niemand nach objektiven Anhaltspunkten voraussagen vermag, welchen Arbeitsaufwand die Verwaltungsgerichte noch bis zum rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens erbringen müssen. Dem ist nur noch hinzuzufügen, daß die geleistete Vorarbeit, sollte sie für den Zivilprozeß erheblich sein, auch gar nicht verloren geht. Sie findet vielmehr ihren Niederschlag in der Begründung der Kostenentscheidung

56) ZMR 52,226,229 f.

57) Aus diesem Grunde bejaht Fr. Müller a.a.O. bei der Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage im Unterschied zur Rechtsverhältnisfeststellungsklage das Interesse an der Vorbereitung eines Zivilprozesses. Diesem Ergebnis dient auch letztlich die oben S.100 (FuBn.38) erwähnte Auffassung Fr. Müllers, für die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage genüge wie bei der Zwischenfeststellungsklage ein "rechtsschutzwürdiges" Interesse. Der Gesichtspunkt, daß keine wesentliche Mehrarbeit entsteht, dürfte wohl auch für Meyer, DVBl.56,190, Koehler, § 113 Anm.D II 6, und Obermayer, Grundzüge, S.127, ausschlaggebend gewesen sein, die ebenfalls im Gegensatz zu ihrer Auffassung zu § 43 VwGO bei § 113 I 4 VwGO ein Interesse an der Vorbereitung eines Zivilprozesses anerkennen.

58) Auch Bachof, VerfR, S.183 f., mißt der Tatsache, daß ein Verfahren anhängig ist, Bedeutung bei und erkennt deshalb nur bei der nachträglichen, nicht bei der sofortigen Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage das Vorbereitungsinteresse an.

59) DVBl.60,261,264 f.

nach § 161 II VwGO, insbesondere dann, wenn der Verwaltungsakt sich in einem Zeitpunkt erledigt, in dem der Rechtsstreit schon zur Endentscheidung reif ist.

Weitere Gesichtspunkte, die für eine unterschiedliche Beurteilung des Interesses an der Vorbereitung eines Zivilprozesses sprechen könnten, je nachdem ob es sich um eine Klage nach § 43 VwGO oder nach § 113 I 4 VwGO handelt, sind nicht vorgebracht worden und auch nicht ersichtlich.

Auch für die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage kann daher das Rechtsschutzinteresse nicht anerkannt werden, wenn die Klage ausschließlich der Vorbereitung eines Zivilprozesses dienen soll⁶⁰⁾, es sei denn, daß in dem beabsichtigten Zivilprozeß die Prüfungsbefugnis des Zivilrichters auf die Nichtigkeitsprüfung beschränkt ist⁶¹⁾.

Ebenso wie bei der Feststellungsklage nach § 43 VwGO ist dagegen das Rechtsschutzinteresse zu bejahen, wenn die Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten mit dem Abschluß des Verwaltungsprozesses beendet sind⁶²⁾, wenn das Zivilgericht

60) Wegen des Schrifttums und der Rechtsprechung wird auf S. 75 f. dieser Arbeit (Fußn. 32) verwiesen. Außer bei Koehler, Fr. Müller, Meyer und Obermayer stimmen die Stellungnahmen zu § 43 VwGO und § 113 I 4 VwGO überein, vgl. Koehler, § 43 Anm. IX 1 u. § 113 Anm. D II 6; Müller, ZMR 52, 226, 228 u. 229 f.; Meyer, a.a.O.; Obermayer a.a.O. Vgl. zur Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage noch Ule a.a.O., und Studienbuch, S. 150; Klinger, § 113 C 5; Eyer-mann-Fröhler, § 113 Rdnr. 41; Bergmann, Diss. S. 230 f., 233 f.; VerwArch a.a.O., S. 361; WuBaVGH Senat Stuttgart DÖV 56, 477; sowie die neuere Entscheidung des 6. Senats des BVerwG DVBl. 63, 519 f.

61) Vgl. S. 102 dieser Arbeit.

62) Vgl. S. 73 dieser Arbeit.

den bei ihm anhängigen Rechtsstreit ausgesetzt hat⁶³⁾ oder wenn der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes bzw. der Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes über den Zivilprozeß hinaus für den Kläger Bedeutung zukommt⁶⁴⁾. Eine solche Bedeutung hat die Feststellung der Rechtswidrigkeit z.B. dann, wenn das Ansehen, die gesellschaftliche Stellung des Klägers auch noch nach Erledigung des Verwaltungsaktes in Mitleidenschaft gezogen ist⁶⁵⁾.

63) Vgl. S. 77 dieser Arbeit

64) Vgl. S. 77 dieser Arbeit, vgl. auch BVerwG DVBl. 63, 519, 520; 920, 922.

65) Vgl. hierzu BVerwGE 12, 87, 90, wo das Rechtsschutzinteresse deshalb bejaht wurde, weil der Verwaltungsakt für eine bestimmte Ware des Klägers eine diskriminierende Wirkung erzeugt habe.

Lebenslauf

Am 4. März 1936 wurde ich als erstes Kind des Rechtsanwalts Kurt Müller und seiner Ehefrau Margarete geb. Schiller in Zeitz/Elster geboren. Seit Herbst 1942 besuchte ich dort die Grundschule. 1946 war ein Übergang zur höheren Schule wegen des in der Sowjetzone inzwischen eingeführten Einheitsschulsystems nicht möglich. Im Dezember 1949 siedelte ich nach Frankfurt am Main über und war von Januar 1950 bis zur Reifeprüfung am 1.3.1956 Schüler des Ziehen-Realgymnasiums in Frankfurt/Main-Eschersheim. Seit Sommersemester 1956 studierte ich in Freiburg i.Br. und Frankfurt am Main Rechtswissenschaften. Nach Ablegung des ersten Staatsexamens am 28. Juli 1960 trat ich am 5.10.1960 in den Vorbereitungsdienst des Landes Hessen ein. Am 29.10.1964 bestand ich in Wiesbaden die Große Juristische Staatsprüfung.

Während der Referendarzeit fertigte ich die vorliegende Dissertation an, Meinem verehrten Lehrer Herrn Professor Dr. Lücke, danke ich für die Anregung und Förderung dieser Arbeit sehr herzlich.

Frankfurt am Main, den 25.2.1966

Klaus Müller

